التوضيح

شرح مختصر ابن الحاجب

في فقه الإمام مالك

تأليف

الشيخ خليل بن إسحاق المالكي

المتوفى ٧٧٦ هـ

تحقيق

محمد عثمان

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية:

الدعوى - الديات - الجنايات - الشرب - أمهات الأولاد - الوصايا - الفرائض

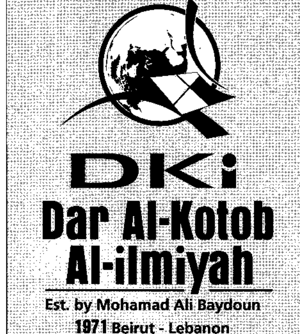


أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

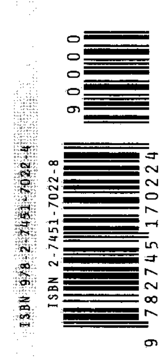
Title :	**AL-TAWḌĪḤ ŠARḤ MUḪTAṢAR IBN AL-ḤĀJIB**
Classification:	Malikit Jurisprudence
Author	: Al-šayḫ Ḫalīl ben Isḥāq al-Māliqi
Editor	: Muḥammad ʿUṯmān
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
Pages	: 4448 (7 volumes)
Size	: 17* 24
Year	: 2011
Printed in	: Lebanon
Edition	: 1st

الكتاب :	**التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب**
التصنيف	: فقه مالكي
المؤلف	: الشيخ خليل بن إسحاق المالكي
المحقق	: محمد عثمان
الناشر	: دار الكتب العلميـــة - بيروت
عدد الصفحات	: 4448 (7 أجزاء)
قياس الصفحات	: 24 *17
سنة الطباعة	: 2011
بلد الطباعة	: لبنـــان
الطبعة	: الأولى



Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠


ISBN 978-2-7451-7022-4
ISBN 2-7451-7022-8

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الدَّعْوَى[1]

(ص): (**تَعَارُضُ البَيِّنَتَين: وَمَهْمَا أَمْكَنَ الْجَمْعُ جُمِعَ، فَإِنْ تَنَاقَضَتَا فالتَّرْجِيحُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ تَسَاقَطَتَا، وَبَقِيَ المُدَّعي فِي يَدِ حَائِزِهِ مِنْهُمَا...**)[2]

(ش): التَّعَارض بَين البَيِّنَتَين: التَّقابل بينهما على وجه يمنع كلا مِنْهُمَا صاحبه، ولا إشكال في الْجَمْع بَينهما إذا أَمْكَن، كَمَا فِي تعارض الأثرين عند أهل الأصول.

مثال عدم التعارض في الشهادة: لو شهد واحد أنه أقرَّ له بخمسين وآخر بمائة في مجلسين، وَإِنْ لَمْ يكنْ الجمع صير إلى الترجيح، وسيأتي ما يكون به الترجيح، فإن تعذر - أي: الترجيح - سقطت البينتان وبقي المدعى في يد حائزه؛ لما رواه الدارقطني عن محمد بن الحسن عن أبي حنيفة، عن وهب بن حبيب المصري وهو ثقة عن الشعبي عن جابر: "أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي نَاقَةٍ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: نُتِجَتْ هَذِهِ النَّاقَةُ عِنْدِي وَأَقَامَا بَيِّنَةً، فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلَّذِي بِيَده"[3].

قال في "الْمُدَوَّنَة": ويحلف الحائز، وهو مبني على قبول بينة المدعى عليه، وهو المشهور، وقال عبد الملك: لا ينتفع الحائز ببيِّنَة؛ لقوله عليه السلام: "الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ"[4]، فحصول البَيِّنَة في جانب المدعي واليمين في جانب المدَّعى عليه.

---

(١) قالت المالكية: الدعوى هي: خبر مثل الإقرار والشهادة، والفرق بين الثلاثة: أن كان حكمه مقصوراً على قائله فهو الإقرار، وإن لم يقصر على قائله، فإن كان للمخبر فيه نفع فهو الدعوى وإن لم يكن للمخبر فيه نفع فهو الشهادة. انظر: الشرح الصغير: ٦٩٣/٢، والكافي: ٩٢١/٢.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ٤٨٣/١.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه، ح (٤٤٣١) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه، ح (٣١٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، والبيهقي في الصغير، رقم (٣٣٣٨) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

وروى ابن القاسم أن هذا إنما هو إذا لم يأت المدعى عليه بمثل ما أتى به المدَّعي، وَدَلَّ كلامه على أن المتنازع فيه محوز، وأن حائزه أحد الخصمين، وأن الحائز يقبل.

(ص): **(وَإِنْ كَانَ بِيَدِ غَيْرِهِمَا فَلِمَنْ يُقِرُّ لَهُ مِنْهُمَا، وَقِيْلَ: يَبْقَى فِي يَدِهِ)**

(ش): اسم (كَانَ) عائد على المدعى فيه؛ أي: في غير المدعيين اللذين أقام كل مِنْهُما البَيِّنَه على أنه له، وحكى المصنف قولين[١]:

أولهما: أَنَّ ذلك لِمَنْ يقر له وهو في يده منهما، وعلى هذا فإن ادَّعاه مَنْ هو في يده فهو له[٢].

وثانيهما: أَنَّهُ يبقى في يده، فإن أراد المصنف أنه يبقى كما كان أولا قبل قيام البينتين؛ فهو كالقول الأول، وإن أراد أنه يبقى موقوفًا بيده إلى أن يأتي أحدهما بشهادة راجحة أو يصطلحان؛ هذا القول غير معروف في المذهب، وإنما هو محكي عن الشافعي، وإنما في المذهب رواية ثانية بأنه يقسم بينهما؛ لأنَّ البَيِّنَتَين اتَّفَقَتَا على انتزاعه من يده، وقيل: يبقى لمن هو تحت يده؛ لأنه يقول: خرج بعضها بعضًا، أو وقف بعضها بعضًا؛ أي: ذلك كان لا ينزع من يدي، وإن اعترف به أحدهما كان على القولين، فمن قال: إنَّ مَنْ ادَّعَاه لِنَفْسِه يقر في يديه يجعله الآن لمن أقرَّ بيده، ومن قال: إنه ينتزع منه يقول هذا كذلك، واختلف أيضًا إذا أقر لغيرهما هل يكون له أو يقسم بينهما؟

(ص): **(وَيُقْسَمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي أَيْدِيهِمَا بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا عَلَى قَدْرِ الدَّعَاوِي اتِّفَاقًا)**

(ش): يعني: إن لم يكن المتنازع فيه بيد أحدهما، كما لو تنازعا في عفو من الأرض، ويدخل في قوله ما كان بيد ثالث على أحد القولين المتقدمين، وظاهر قوله: (يُقْسَمُ) أنه يقسم في الحال وفيه تفصيل، فإن كان يخشى فساده، قال في "الْمُدَوَّنَة": كالحيوان، والرقيق، والطعام؛ فإنه يستأني فإن لم يأتيا بشيء وَخِيْفَ عليه قسم بينهما، وإن كان مِمَّا لا يخشى عليه الفساد كالدور، قال في "الْمُدَوَّنَة": يترك حتى يأتي أحدهما بأعدل مِمَّا أتى به صاحبه.

ابن القاسم: إلا أن يَطُول الزمان، ولا يأتيان بشيء ما أتيا به أولا؛ لأنه يقسم بينهما؛ لأن ترك ذلك ووقفه ضرر. ابن نافع: إنه قال يوقف إذن؛ حتى يأتي أحدهما بأثبت مِمَّا

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١١/٢٨٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي:٧/١٨٤، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٦.

أَتَى به صاحبه(١).

وقوله: (اتِّفَاقًا) راجع إلى قوله: (قَدْر الدَّعَاوِي) لا إلى (القسم) للاختلاف في قسم العفو من الأرض، فإن فيه رواية ابن نافع ورواية ابن القاسم المذكورتين آنفًا.

ابن عبد السلام: فإن قلت في نقله لرواية ابن القاسم نظر؛ فإنه في "الْمُدَوَّنَة" لم يصرح بذلك.

قيل: قد نقل أبو الحسن أن ابن القاسم قال في "الْمُدَوَّنَة": إنه يقسم بينهما، قال: وهو تفسير للمدونة، واختلف إذا أقام أحد المدعيين للعفو بينة أعدل، هل يحلف معها وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة"، ومذهب سحنون، والقرويين، ومعظم الأندلسيين لا يرون عليه يمينًا.

(ص): (**وَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا، فَقِيلَ: عَلَى الدَّعَاوِي، وَقِيلَ: نِصْفَيْنِ**)

(ش): أي: فإن كان المدعى فيه بأيديهما واختلفت دعواهما فيه - كدعوى أحدهما الجميع والآخر النصف - فأقام بَيِّنة على دَعْوَاه ولم يرجح أحد البينتين، أو حلف كل منهما، فقال مالك، وابن القاسم، وعبد الملك، وغيرهم: يقسم على قدر الدعاوى وهو المشهور.

وقال أشهب وسحنون: يقسم بينهما نصفين؛ لتساويهما فيه في الحيازة، وإذا أراد اليمين في هذه المسألة وما يشبهها من سائر هذا الفصل مِمَّا تقدَّم أن يأتي، واختلفا في التبرئة، فقال بعض الشيوخ: يقرع بينهما، والمنصوص للمتقدمين: أن الحاكم يختار، ثم هل يحلف كل منهما على إثبات دَعْوَاه وإن نكل؟ أشار بعض الشيوخ إلى أن البحث يقرب فيها من مسائل اختلاف المتبايعين.

(ص): (**وَإِذَا قُسِمَ على الدَّعَاوِي، فَقَال الأَكْثَرُونَ: تَعُولُ عَوْلَ الفَرَائِضِ، وَقِيلَ: نِصْفَيْنِ. وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ: يَخْتَصُّ مُدَّعِي الأَكْثَرِ بِالزَّائِدِ**)

(ش): إذا فرَّعنا على المشهور من القسم على الدَّعاوي، فاختلف في كيفية القسمة، فقال مالك وأكثر أصحابه: يسلك فيها مَسْلك عول الفرائض؛ لتساوي أقوالهما في التداعي فيه، ولتعذر الترجيح؛ فصار كورثة زادت الأشياء الواجبة لهم على الجميع.

وقال ابن القاسم، وابن الماجشون: مبنى هذه المسألة على التنازع، فمن أسلم

---

(١) انظر: حاشية العدوي:١٨٥/٧، وحاشية الصاوي: ٣٤٧/٩.

شيئًا سقط حقه فيه، بخلاف مسائل العول فإن التنازع فيها مُنْتَفٍ؛ لأن الشرع أَوْجَبَ لكل من الورثة حقًّا، فإذا ادَّعى أحدهم الدار كاملة وادَّعى الآخر نصفها؛ فعلى الأول يعال لمدعي النصف بمثل حقه اثنين، فيقسم المدعى بينهم أَثْلاثًا لمدعي اثنان، وعلى الثاني يختص مدعي الكل بالنصف ثم يقسم الآخر بينهما.

(ص): (**وَعَلَى الاخْتِصَاص لَوْ زَادُو على اثنين فَقَوْلانِ: أَحَدُهُمَا: اخْتِصَاصُ مُدَّعِي الأَكْثَرِ بِمَا زَادَ عَلَى الدَّعْوَيَيْنِ جَمِيعًا، وَهُوَ الصَّوَابُ. وَالثَّانِي: اخْتِصَاصُهُ بِمَا زَادَ عَلَى أَكْثَرِهِمَا...**)

(ش): الأول: لابن المواز، والآخر: لابن القاسم في "المجموعة" وهو قول أشهب، ولسحنون في كتاب ابنه: ومنشأ الخلاف هل كلام مدعي الأكثر معهما معًا أو مع كل منهما، وصوب المصنف الأول؛ لأن في كلامهما منازعة[1].

(ص): (**وَإِذَا تَدَاعَا اثْنَانِ الْكُلَّ والنِّصفَ؛ فالأَكْثَرُ تَعُولُ بالنِّصْفِ، وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ القَاسِمِ: يَخْتَصُّ مُدَّعِي الكُلِّ بالنِّصْفِ، وَيُقْسَمُ البَاقِي بَيْنَهُما نِصْفَينِ...**)

(ش): هذا مثال لقول الأكثرين وابن القاسم وقد تقدَّم.

(ص): (**فَلَوْ كَانَ ثَالِثٌ يَدَّعِي الثُّلُثَ جَاءَ القَوْلان، فَعَلَى الأَوَّلِ: يَخْتَصُّ مُدعِي الْكُلِّ بالسُّدسِ، ثُمَّ يَأْخُذُ مِنَ البَاقِي نِصْفَهُ وَهُوَ رُبُعٌ وسُدُسٌ، ثُمَّ يَخْتَصُّ مُدعِي النِّصْف بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلثِ، وَهُوَ نصْفُ السُّدسِ وَيَقْتَسِمَان الثُّلُثَ. وَعَلَى الثَّانِي: يَخْتَصُّ مُدَّعِي الكُلِّ بالنِّصْفِ، ثُمَّ يَأْخُذُ مِنَ البَاقِي نِصْفَ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَهُوَ نِصْفُ سُدُسٍ، وَيَأْخُذُ مُدعِي النِّصْفِ نِصْفَ السُّدْسِ، ثُمَّ يُقَسَّمُ البَاقِي أَثْلاثًا للثَّلاثَةِ...**)

(ش): (أل) في القولين للعهد؛ أي: هل يختص مدعي الأكثر بِمَا زاد على مجموع الدعوتين، أو على أكثرهما؟ فعلى الأول وهو الاختصاص بِمَا زاد على المجموع لو ادَّعى واحد الجميع وآخر النصف وآخر الثلث؛ اختص مدَّعِي الكل بالسدس؛ لأنَّ الزائد على مجموع الدعوتين، ثم يأخذ نصف الباقي؛ لأنه يدَّعِيه، والاثنان يدعيانه وهو رُبع وسُدس؛ لأن نصف النصف ربع، ونصف الثلث السدس، ثُمَّ يَخْتص مدعي النصف بِمَا زاد على الثلث وهو نصف سدس، ثُمَّ يقسم الثلث الباقي بينهما، وجَرَى في هذه القسمة ذكر الثلث والسدس ونصفه فيستغنى عنهما بنصف السدس، وجرى أيضًا

---

(١) انظر: حاشية العدوي:١٨٧/٧، وحاشية الصاوي: ٣٤٩/٩.

ذكر النصف والربع، مخرجهما داخل في مخرج نصف السدس، فيستغنى بمخرجه وهو اثنا عشر لمدعي أولا سدس وهو اثنان، ثم نصف الباقي وهو خمسة، ثم يختص مدعي النصف بواحد، ثم يقسم الأربعة بينه وبين مدعي الثلث، وهذه القسمة أحسن مِمَّا في "الجواهر"؛ لأن قسمها من أربعة وعشرين، لكنه تبع في ذلك " النوادر".

وقوله: (وَعَلى الثَّانِي... إلخ). يعني: وعلى أنه يختص بما زاد على الدعوتين يختص مدعي الأكثر بِمَا زاد على أكثر الدعوتين وهو النصف لا يشاركه خصمًا، ويبقى النصف الباقي يسلم قسمه مدعي الثلث ما زاد على دَعْوَاه وهو السدس؛ فيقسم بين مدعي الكل والنصف، فيكون لكلٍ منهما نصف سدس، ثم يقسم الباقي بين الثلاثة أَثْلاثًا، وقد جرى هناك ذكر النصف والسدس، ونصف السدس، ومقام النصف والسدس داخل في مقام نصف السدس، فيستغنى به وهو اثنا عشر، وجرى أيضًا ذكر الثلث وثلث الثلث، فيستغنى بثلث الثلث وهو من تسعة وهو موافق لاثني عشر بالثلث، فتضرب ثلث أحدهما في كامل الآخر؛ إما ثلاثة في اثنا عشر، أو أربعًا في تسعة، كل منهما يؤدي إلى ستة وثلاثين؛ فلمدعي الكل نصفها أولا، ثُمَّ نصف السدس، وذلك أحد وعشرون، ولمدعي النصف نصف السدس ثلاثة، ثم لكل واحد أربعة[1].

(ص): (والتَّرْجِيحُ بِوُجُوهٍ: الْمَزِيَّةُ فِي العَدَالَةِ)

(ش): لما ذكر أولا أن التعارض حيث لا ترجيح شرع في بابه، وقوله: في (الْمَزِيَّةُ) خبر ابتداء محذوف تقديره الأول؛ أي: المزية؛ أي: الزيادة في العدالة، وهذا هو المشهور، وروي عن مالك: أنه لا يرجح بزيادة العدالة، وعلى الأول فلا بُدَّ من حلف من زادت عدالته ببَيِّنة.

وفي "الْمَوَّازِيَّةِ": لا يحلف، بناء على أن زيادة العدالة هل هي كشاهد واحد أو شاهدين.

(ص): (وَفِي زِيَادةِ العَدَدِ قَوْلانِ، إلا أَنْ يَكْثُرُوا جَمِيعًا)

(ش): يعني: وفي الترجيح بزيادة عدد إحدى البيِّنَتين قولان؛ عدم الترجيح حتى قال في "الْمُدَوَّنَة": ولو شهد لهذا اثنان ولهذا مائة لا ترجح المائة، وحمله المازري على المبالغة ، وأمَّا لو كثروا حتى يقع العلم بصدقهم لقضى بِهَا؛ لأن شهادة الاثنين

(١) انظر: حاشية العدوي:١٨٦/٧، وحاشية الصاوي: ٣٤٨/٩.

إِنَّمَا تفيد غلبة الظن. وروى مطرف، وابن الماجشون: أنه يترجح بذلك، وعلى هذا فتحصل في الترجيح بمزيد العدالة والعدد[1]. ثالثها: المشهور يرجح بالعدالة لا العدد.

وقوله: (إِلا أَنْ يَكْثُرُوا جَمِيْعًا) أي: فلا تراعى الكثرة حينئذٍ بالاتفاق، وفرق القرافي للمشهور بأن المقصود من القضاء دفع النزاع، ومزيد العدالة أقوى في التعدد من زيادة العدد؛ لأن كل واحد من الخصمين يمكنه زيادة العدد في المشهود بخلاف العدالة، واعترضه ابن عبد السلام: بأن مَنْ رَجَّح زيادة العدد لم يقل به كيفما اتفق، وإنما اعتبره مع قيد العدالة، ولا نسلم أن زيادة العدد بهذا القيد أسهل الوجود، وقد تقرر في الأصول أن الوصف مَهْمَا كان أدخل تحت الانضباط وأبعد عن النقض والعكس كان أرجح، وزيادة العدد وصف منضبط محسوس لا يختلف فيه العقلاء، بخلاف العدالة؛ لأنها مُرَكَّبة من قيود كما تقدم، فقد يكون واحد الشاهدين أشد محافظة على توقي الصغائر، والآخر أشد محافظة على أداء الأمانة، وإن اشْتَرَكا في المحافظة المعتبرة في قبول الشهادة، وعلى هذا التقدير فضبط زيادة العدالة متعذر أو متعسر، فلا ينبغي أن يعتبر في الترجيح فضلا أن يكون راجحًا على زيادة العدد.

(ص): **(وَفِي الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الشَّاهِدِ، وَالْيَمِينِ، وَالشَّاهِدِ والْمَرْأَتَيْنِ قَوْلانِ وَرَجَعَ عَنْهُ)**

(ش): يعني: وفي ترجيح الشاهدين على الشاهد واليمين قولان، وكذلك القولان في ترجيح الشاهدين على الرجل والمرأتين، ورجع ابن القاسم عنه؛ أي: عن الترجيح. وقال أشهب: بالمرجوع إليه، والأظهر الترجيح فيهما، أما الأول: فالاتفاق على قبول الشاهدين والخلاف في الشاهد واليمين. وأما الثاني: فلقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فإنه يدل على راجحية الشاهدين على الرجل والمرأتين؛ لأن جعل مرتبتهم عند عدم الشاهدين، واعلم أنه اختلف في الحقِّ هل هو مستند للشاهد فقط واليمين استظهارًا وهو مستند لهما وأن اليمين كالشاهد، وتظهر فائدة الخلاف في الفرع الأول، فعلى أنها كشاهدين لا حُجَّة للشاهدين، وعلى الآخر رجح الشاهدين، وكذلك تظهر إذا رجع الشاهد هل يغرم نصف الحق أو جميعه.

(ص): **(وعَلَى التَّسَاوِي لَوْ كانَ الشَّاهِدُ أَعْدَلَ مِنْ كُلٍّ مِنْهُمَا فَقَوْلانِ)**

(١) انظر: حاشية العدوي:١٨٨/٧، وحاشية الصاوي: ٣٥٠/٩.

(ش): على تساوي الشاهدين مع الشاهد واليمين، ومع الشاهد والمرأتين لو قدرنا أن الشاهد الذي يشهد مع اليمين أو المرأتين أعدل من كل واحد من الشاهدين فقولان. وروى أبو زيد عن ابن القاسم: أنه يقضى بالشاهد الأعدل دون الشاهدين. وروى ابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون: أن الشاهدين أرجح. وانظر كيف جعل المصنف هذا مبنيًّا على التساوي في الفرع السابق، وهو محتمل أن يبقى على الخلاف في الترجيح بالعدد.

(ص): **(وَفِي أَعْدَلِيَّةِ الْمُعَدِّلِين فِي الْمُزَكِّيِين قَوْلانِ)**

(ش): يعني: أنه اختلف إذا تساوت البيّنات في العدالة، لكن معدلو أحدهما أزيد عدالة، فروى ابن القاسم وابن الماجشون عدم الترجيح بذلك؛ لأن العدالة إِنَّما هي بالبينة، ألا ترى أن المزكين لو رجعوا لم يغرموا. وروى مطرف عن مالك: الترجيح بذلك؛ لقوة النظر بعدالة من زكاه الأرجح.

(ص): **(وَالْيَدُ مُرَجَّحَةُ عِنْدَ التَّسَاوِي مَعَ الْيَمِينِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَذَهَبَ عَبْدُ الْمَلِك إِلى أَنَّ الْحَائِزَ لا يَنْتَفِعُ بِبَيِّنَةٍ...)**

(ش): يعني: إذا تعارضت البينتان وتساوتا، فإنما تسقطان ويبقى الشيء بيد حائزه تَرْجيحًا لليد، هذا هو المشهور، ومقابله لعبد الملك أن بَيّنَة الحائز لا تسمع وأن البَيّنة بَيّنة الخارج، وتقدم وجهه[1].

وقوله: (عَلَى الْمَشْهُورِ) راجع للترجيح باليد لا إلى اليمين[2].

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يكون مقابل المشهور قولا بالاكتفاء باليد من غير بينة وأحفظه منصوصًا، واعترض ابن عبد السلام على المصنف: بأن إيراد هذه المسألة في مسائل الترجيح بين البينتين؛ لأن البينتين تساقطتا عند المساواة فصارتا كالعدم وبقي حوزه عَلَى مَا كان عليه، وكأن المصنف أتى بِهَا لمناسبتها ما تقدم في مطلق الترجيح[3].

(ص): **(فَلَوْ تَرَجَّحَتِ الْبَيّنَةُ سَقَطَ اعْتِبَارُ الْيَدِ، وَفِي يَمِينِ الْخَارِجِ حِينَئِذٍ قَوْلانِ)**

(ش): يعني: فلو ترجحت بَيّنة الخارج سقط اعتبار اليد، واختلف في يمين الخارج حينئذٍ؛ أي: حين الترجيح على قولين، ورجح توجيه اليمين لليد، والمراد بالداخل

---

(١) انظر: حاشية العدوي:٧/١٨٩، وحاشية الصاوي: ٩/٣٥١.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٢، والذخيرة:١١/٧.

(٣) انظر: حاشية العدوي:٧/١٩٠، وحاشية الصاوي: ٩/٣٥٢.

الحائز، فإن قيل: هل يفهم من كلام المصنف أنه لو ترجَّحت بينة الحائز لا يفتقر إلى يمين. قيل: لا؛ لأن بيِّنَة الداخل فيها قولان كما تقدم، فإذا كان يحلف مع البينة المسموعة اتِّفَاقًا؛ فلأن يحلف مع المختلف في سماعها أَوْلى، وإذا ترجَّحَت إحداهما قَضَى بِهَا، وفي يمين من قضى له قولان.

(ص): **(وَاشْتِمَالُ إِحْدَاهُمَا عَلَى تَارِيخٍ مُتَقدَّمٍ أَوْ بِسَبَبِ مِلْكٍ مُرَجِّحٌ)**

(**ش**): (اشْتِمَالُ) مبتدأ، و(مُرَجِّحٌ): خبره؛ يعني: إذا شهدت إحداهما أن هذا يملكه من سنة والأخرى يملكه من سنتين؛ فإنه يقضى بأبعد التاريخين، قال في "الْمُدَوَّنَة": وإن كانت الأخرى أعدل، قال فيها: ولا يبالي بيد من كانت الأمة منهما، إلا أن يحوزها الآخر من تاريخها بالوطء، والخدمة والادعاء لها بمحضر الآخر فتبطل دعواه، وإنما رجح بالملك السابق؛ لأن الملك قد يثبت به والأصل استصحابه[1].

وقوله: (أَوْ بِسَبَبِ مِلْكٍ) كَمَا لَوْ شهدت إحداهما أنه صادها أو نتجت عنده وشهدت الأخرى بالملك المطلق، تقدمت مَنْ شهدت بسبب الملك، وهو في المعنى راجع إلى الفرع الأول، بأن يشمل التاريخ المتقدم على الملك، فلو أقام بينة أنه بيده منذ سنين، وأقام الآخر بينة أنه له منذ سنين؛ لقدمت بينة الملك وإن كان متأخرًا، وخالفه التونسي ورأى أن الواجب رد ما وقع النزاع فيه إلى مَنْ تقدم حوزه؛ حتى يثبت ما يوجب خروجه من يده، وقيد أشهب أيضًا اعتبار سبب الملك بضم الملك إليه؛ حتى لو أقام بينة أنها ولدت عنده ولم يقولوا إنها له فلا يقضى له بها، وخالفه أيضًا التونسي وقيد الترجيح بالنتاج إذا لم تشهد البينة الأخرى للآخر أنه اشتراها.

ابن القاسم: فإن شهدت بذلك كان صاحب المقاسم أحق إلا أن يدفع إليه الثمن الذي اشتراها به ولو كانت بيد صاحب النتاج، واختلف في الشهادة بنسج الثوب، هل هي كالشهادة بالنتاج فأحرى أن ما في "الْمُدَوَّنَة" مجرى النتاج.

وفي "كتاب ابن سحنون": بينة الملك مُقدَّمة على بينة النسج، ويقضى لِمَنْ شهد له بالنسج بقيمة عمله بعد أن يحلف أنه لم يعمله باطلا[2].

المازري: وهذا إذا كان الناسج ينسج لنفسه، وأما إن انتصب للناس فلا تنفع الشهادة له بالنسج وهكذا النسج، وقيد أيضًا مسألة النسج بأن يكون الثوب مِمَّا يستحيل

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٣، والذخيرة:١١/٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي:٧/١٩١، وحاشية الصاوي: ٩/٣٥٣.

في العادة أن ينسج مرَّتين، فأما إنْ صَحَّ ما يقال أنه ينسج مرتين، فلا يقال على شهادة النسج في معارضة شهادة الملك[١].

(ص): **(وَفِي مُجَرَّدِ التَّارِيخِ قَوْلانِ)**

(**ش**): وفي الترجيح بمجرد التاريخ بأن تكون إحدى البينتين أُرِّخت والأخرى لم تؤرخ، والقول بتقديم المؤرخة لأشهب، زاد إلا أَنْ يكون في شهادة التي لم تؤرخ أن الحاكم قَضَى بِهَذا العبد لمن شهدت له، والقول بنفي التقديم ذكره الشيخ والمازري ولم يعزواه[٢].

(ص): **(وَيُشْتَرَطُ في بَيِّنَة المِلْكِ بالأمْسِ مَثلا أَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ فِي عِلْمِهِمْ)**

(**ش**): (بالأمْسِ) تنبيه منه بالأخفِّ على الأشد؛ لأنه إذا اشترط هذا في أقرب الأيام الماضية بعدم خروجِ الملك عن يد مالكه في هذا الزمان القريب، فلأن يشترط في أبعد من ذلك من باب أَوْلى، وهذا الشرط الذي ذكره هو ظاهر ما في شهادة "الْمُدَوَّنَة"، ففيها: من تمام شهادتهم أن يقولوا ما علمناه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه، وليس عليه أن يأتي ببيِّنَة تشهد على البَتِّ أنه ما باع ولا وهب، ولو شهدت البينة بذلك كانت زُورًا وهذا الظاهر[٣].

قال ابن القاسم: لأنه قال، وإن أبوا أن يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق فشهادتهم باطلة، وظاهر ما في (كتاب العارية) من "الْمُدَوَّنَة" أنه ليس بشرط، قال: وإن شهدوا أن الدار له ولم يقولوا لا نعلم أنه ما باع ولا وهب ولا تصدق ويقضى له[٤].

ابن عبد السلام: وقد أكثر الشيوخ هل كلامه في "الْمُدَوَّنَة" متناقض أو لا؟ وهل تقبل شهادة هؤلاء الذين قطعوا بالملك من إطلاقه عليها الزور، أو يفصل فيهم بين أن يكونوا من العلماء فلا تقبل أو يكونوا من عَوَام الناس فتقبل، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد وأبو عمران، والذي قاله الشيخ أبو إبراهيم وأبو الحسن: أن ما في الشهادة شرط كمال[٥].

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٤، والذخيرة:١١/٩.

(٢) انظر: حاشية العدوي:٧/١٩٢، وحاشية الصاوي: ٩/٣٥٤.

(٣) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٥، والذخيرة:١١/١٠.

(٤) انظر: حاشية العدوي:٧/١٩٣، وحاشية الصاوي: ٩/٣٥٥.

(٥) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٢، والذخيرة:١١/٧.

أبو الحسن: إِلا أَنْ تكون الشهادة على ميت فذلك شَرط صِحَّة، ومراده بقوله: (كَانَتْ زُورًا) أنها غير مقبولة.

عياض: ولا يختلف أنهم لا يلزمهم ما لزم شهود الزور من العقاب.

(ص): (**أَمَّا لَوْ شَهِدَتْ بالإِقْرَارِ اسْتُصْحِبَ**)

(**ش**): يعني: أَمَّا لو شهدت عليه بينة أنه أقرَّ بالأمس مثلا أنه ملك زيدًا استصحب الإقرار، ويُكْتَفى بهذه الشهادة، وإن لم يزد الشهود: لا نعلم خروج ذلك الشيء عن ملكه إلى الآن؛ لأنَّ فِي شهادتهم على ذلك الخصم بأنه أقرَّ لخصمه إسقاط الملك المقر بخصوصيته، فعليه بيان صِحَّة ملكه بعد ذلك بشراء من المشهود له أو بغير ذلك من أسباب الملك[1].

(ص): (**وَكَذلِكَ لَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: كَانَ مِلْكًا لَهُ بِالأَمْسِ**)

(**ش**): (**أَحَدُهُمَا**): أي: أَحد الْخِصْمَين أن هذا الشيء المتنازع فيه الآن كان ملكًا بالأمس لخصمه، فهو إقرار منه لخصمه كما في الفرع السَّابق.

(ص): (**وَكَمَا لَوْ شُهِدَ أَنَّ أَحَدَهُمَا اشْتَرَاهُ مِنَ الآخَرِ**)

(**ش**): (**شُهِدَ**) بضم الشين مبني لما لم يسمَّ فاعله؛ أي: ومثل الشهادة بالإقرار في الاستصحاب، لو شهد شاهدان أن أحد الخصمين اشْتَرَاه من الآخر، فإنها تستصحب ولا يقبل قول المشهود عليه أنها عادت إليه[2].

(ص): (**وَلَوْ شُهِدَ أَنَّهُ غُصِبَهُ جُعِلَ صَاحِبَ يَدٍ**)

(ش): أي: لَوْ شَهِد شَاهِدَان أَنَّ رجلا غصب هذا الشيء المتنازع فيه؛ لجعل المغصوب منه صاحب يد، ويقضى على مَنْ هو بيده أن يرده إلى المشهود له، ويكون المشهود له صاحب يد فقط، ولا يبعد ذلك بثبوت الملك[3].

(ص): (**وَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمِلْكِ عَلَى الْحَوْزِ**)

(**ش**): لأن الملك أقوى فتقدم بينته، ولو كانت بينة **الحوز** متقدمة؛ لأن **الحوز** قد يكون بملك وبغيره، ولهذا لو لم يعلم شهد مع طول الحيازة بالملك لم يثبت الملك إِلا أن يشهدوا أنه غنمهما مِن دار الحرب وشبهه. قيل لسحنون: متى يشهد الشاهد أنها

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٦، والذخيرة:١١/١١.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٣، والذخيرة:١١/٨.

(٣) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٧١.

ملكه؟ قال: إذا طالت حيازته إياها وهو يفعل فعل المالك لا منازع له، وقد حضروا دخولها في ملكه أولا فتشهد بالملك، قيل: فالشاهد يشهد بالملك لطول الحيازة، وإن لم يشهد بالحيازة التي بها شهد لم يحكم بها، قال: وهو كذلك، ولا بُدَّ من أن يكون في شهادتهم أنها لم تخرج عن ملكه في علمهم، وعلى هذا فللشهادة بالملك أربعة شروط: طول الحيازة، وتصرفه تصرف المالك، وعدم المنازع، وأنها لم تخرج عن ملكه في علمهم[1].

(ص): **(والنَّاقِلَةُ عَلَى الْمُسْتَصْحِبَةِ؛ إِذْ لا تَعَارُضَ)**

(ش): لأنَّ الناقلة زائدة.

(ص): **(وَكَذَلِكَ دَعْوَى ابْن دَارًا، أَوْ زَوْجَةٍ أَنَّهَا أَخَذَتْهَا صَدَاقًا أَوْ بَيْعًا)**

(ش): يعني: أَنَّ مَنْ لَهُ دارًا، وتُوفي عنها، فادَّعى ولده أنها لم تزل على ملك أبيه إلى الموت وأقام على ذلك بينة، وادَّعت زوجته أنه أعطاها لها في صَدَاقِهَا أو اشترتها مِنْهُ وأقامت على ذلك بَيِّنَة، فتُقدَّم بينتُها؛ لأَنَّها ناقلة وبينة الابن مستصحبة، ولو قال المصنف: (كدعوى) لكان أحسن؛ لأنه مثال لتقديم الناقلة على المستصحبة، ولهذا قال ابن عبد السلام: الأولى أن يحمل كلام المؤلف هنا على المعاوضة وقعت بينهما وبين الولد؛ لتقع المغايرة بين هذا وبين ما قبله، والظاهر أن المصنف إِنَّمَا أراد ما قُلْنَاه أولا؛ لأن المسألة كذلك في "الجواهر"، ويغلب على الظن أن المصنف يتبعه، فإن قيل: أخذ الدار عن الصداق هو أحد أنواع البيع والمصنف قد غاير بينهما؛ قيل: هو وإن كان بيعًا لغة، لكنَّه فِي عُرف الفُقَهاء ليس كذلك، والموثقون يسمونه تغييرًا.

(ص): **(وَكَأَخَوَيْنِ مُسْلِمٍ ونَصْرَانِي، ادَّعَى الْمُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ، فالْقَوْلُ قَوْلُ النَّصْرَانِيّ...)**

(ش): يعني: أن الولدين اتَّفَقَا على أن الأب نصراني، وادَّعى النصراني أنه مات على ذلك، فالقول قول النَّصْراني؛ لأنَّه تمسك باستصحاب الحال ولا بينة بينهما[2].

(ص): **(وتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ)**

(ش): لأنها ناقلة.

(ص): **(وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ النَّصْرَانِيِّ أَنَّهُ نَطَقَ بالنَّصْرَانِيَّةِ ثُمَّ مَاتَ فَهُمَا مُتَعَارِضَتَانِ)**

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٨، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٦.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٧، والذخيرة:١١/١٢.

(ش): أي: شهدت بَيِّنة المسلم أَنَّه نَطَق بكلمة الإسلام، ومات حينئذٍ فهما متعارضتان فيصار إلى الترجيح، فإن لم يكن ترجيح، فيقول المصنف: أنه يقسم بينهما وهو ظاهر قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة"، وقال غيره فيها: إذا تكافأت البيّنَة قضي بالمال للمسلم بعد أن يحلف على دعوى النصراني؛ لأنَّ بينته زادت[١].

ابن يونس: قال بعض الفُقَهَاء: وقول ابن القاسم أصوب؛ لأن معناه أن الرجل جهل أصله، وإذا جهل فليس ثم زيادة والأمر يرد إليه فوجبت قسمة المال بينهما، وإذا كانت بينة المسلم زادت على تأويل غير ابن القاسم لم يحتج إلى تكافؤ البينة؛ لأنَّ مَنْ زاد قضي بزيادته، وإن كانت الأخرى أعدل منها.

وقال إسماعيل القاضي: يشبه أن يكون ابن القاسم أراد بتكافؤ البينة أن تشهد بينة المسلم أن أباه لم يزل مسلمًا حتى تُوفي، وتشهد بينة النصراني أنه لم يزل نصرانيًّا حتى مات، وكان الأب لا يُعرف حاله فإن الشهادتان تسقطان، فأما إن شهدت بينة المسلم أَنَّ أَباه كان نَصْرانيًّا فأسلم وشهدت بينة النصراني أَنَّه لَمْ يزل نَصْرانيًّا إِلى أَنْ مات؛ قضي ببيّنَة المسلم؛ لأَنَّهَا زادت حدوث الإسلام.

(ص): (**وَلَوْ كَانَ المَيّتُ مَجْهُولَ الدِّينِ قُسِمَ مَالُهُ بَيْنَهُمَا كالتَّعَارُضِ**)

(ش): يعني: لو كان الأب مجهول الحال ولم يكن هنا إلا دعواهما، فإن المال يقسم بينهما؛ إذ ليست دعوى أحدهما أَوْلى مِنَ الآخر.

وقوله: (كالتَّعَارُضِ) أي: كَمَا لَو أقام كل من المسلم والنصراني بينة على صِحَّة قوله والأب مجهول الحال[٢].

(ص): (**وَلَوْ كَانُوا جَمَاعةً فَاخْتَلَفَتْ دَعَاوِيهِمْ؛ قُسِمَ الْمَالُ لِكُلِّ جِهَةٍ نِصْفٌ وَإِن اخْتَلَفَ عَدَدُهُمْ...**)

(ش): ولو كان المدَّعون في هذه المسألة جماعة واختلفت دعاويهم، فادَّعى بعضهم أَنَّه مات على الإسلام، وبعضهم على النصرانية؛ فالمال يقسم نصفين لكل جهة، ولو كان من أحد الجهتين عدد أكثر من عدد الأخرى[٣].

(ص): (**وَإِنْ كَانَ مَعَ الوَلَدَيْنِ طِفْلٌ، فَقَالَ سُحْنُونٌ: يَحْلِفَانِ وَيُوقَفُ ثُلُثُ مَا**

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٩، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٨، والذخيرة:١١/١٣.

(٣) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٢، والذخيرة:١١/٧.

بأَيْدِيهِمَا، فَإِذَا كَبُرَ فَمَنِ ادَّعَى دَعْوَاهُ شَارَكَهُ وَيُجْبَرُ عَلَى الإِسْلامِ...)

(ش): يَعْنِي: فإن كان مع الولدين المدعيين في دين أبيهما طفل، فقال سحنون: يحلفان ويوقف ثلث ما بيد كل واحد منهما، حتى يكبر الصغير فيدَّعي دعوى أحدهما فيؤخذ ما أوقف له مِنْ سهمه ويرد إلى الآخر ما أوقف من سهمه، وظاهر قول المصنف:

(شَارَكَهُ): أي: الصغير شارك من وافقه في الدعوى فيقسم بينهما نصفين، والنقل إنما هو ما ذكرته أن من وافقه يأخذ الموقوف فقط وهو ثُلث ما بيد من وافقه، ومصيبة الثلث الباقي من الصغير؛ لأن من وافقه ثبت له ثلث المال.

وقوله: (فَإِنْ مَاتَ) أي: الصغير قبل البلوغ حلفا واقتسما ميراثه. سحنون: وَإِنْ مات أحدهما قبل بلوغه وله ورثة يعرفوه فهم أحق بميراثه ولا يرد، وإذا كبر الصغير الصبي فادَّعاه كان له. وقال أصبغ في "الْعُتْبِيَّة": يوقف النصف، قال: لأن كلا مِنْهُمَا يقر بالنصف للصغير فله النصف ويجبر على الإسلام ويقسم النصف الآخر بينهما، هكذا نقل صاحب " النوادر " قول أصبغ، ونقله المازري على أنه يوقف نصفب ما بيد كل واحد من الولدين؛ لأن هذا يجوز إذا كبر أن يدَّعِي دعوى أحدهما فيكون الواجب قسمة المال بينه وبين الصغير، ويكون ما أخذه المخالف له في الدعوى كمال غصبه غاصب من التركة قبل القسمة، وهو مخالف لظاهر نقل أبي زيد من وجهين:

أولهما: الاتِّفَاق، وثانيهما: أن ظاهره في الآخر المخالف أن يسترجع ما أوقف من نصيبه[1]. والله أعلم.

(ص): **(الدَّعْوَى والْجَوَابُ واليَمِينُ والنُّكولُ والبَيِّنَةُ)**

(ش): أَمَّا البَيِّنَة فَقَد تقدمت، وأَمَّا الأربعة التي قبلها فذكرها في القضاء أنسب، وهي مرتبة في الواقع على نحو ما ذكرها المصنف[2].

(ص): **(وَمَنْ قَدَرَ عَلَى اسْتِرْجَاعِ عَيْنِ حَقِّهِ بِيَدِهِ آمِنًا مِنْ فِتْنَةٍ أَوْ نِسْبَةٍ إِلى رَذِيلَةٍ جَازَ لَهُ)**

(ش): يعني: إِنَّمَا يحتاج إلى الدَّعْوَى مَنْ لا يقدر على أخذ متاعه، وَأَمَّا إِنْ قدر على أخذ شيئه بعينه وأمن من فتنة تترتب على أخذه؛ من قتال، أَوْ إِرَاقة دم ونحو ذلك

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٩، والذخيرة:١١/١٤.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٣، والذخيرة:١١/٨.

من غير رفع إلى الحاكم؛ لأنَّ المقصود من الرفع إنَّما هو الوصول إلى الحقّ، فإذَا أَمْكَن ذلك بدونه فالرفع إليه عناء، ورُبَّما لَمْ يجد الرافع بينة فيؤدي إلى ضياع ماله، وهو ضد ما أمر به من حفظه.

(ص): (وَأَمَّا فِي العُقُوبةِ فَلا بُدَّ مِنَ الْحَاكِمِ)

(ش): يعني: أنه إنَّما يستوفي حقه إذا كان مالا، وأَمَّا إن كان حقه عقوبة فَلا بُدَّ مِنَ الرَّفع، وكذلك إذا كان حقًّا لله تعالى حدًّا كان أو أدبًا.

(ص): (وَأَمَّا مَنْ قَدَرَ عَلَى غَيْرِهِ، فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسهِ جَازَ)

(ش): يعني: وَأَمَّا إن قدر على أن يأخذ غير حقه فثلاثة أقواله، وتصورها من كلامه ظاهر، وقد تقدمت هذه المسألة آخر (كتاب الوديعة)، وتكلمنا عليها بما فيه كفاية، لكنه إنما ذكر الخلاف في المسألة السابقة في مثل حقه، وها هنا عم الجنس وغيره، واختلف على القول بإجازة الأخذ من غير جنس حقه، هل يتولى بيع ذلك وهو اختيار بعض الشيوخ[١].

المازري: أو يرفع إلى الحاكم ليتولى ذلك وفيه نظر؛ لأن الرفع إلى الحاكم يُوجِب عدم أخذه، وقد بنينا على القول بجوازه؛ لأن القاضي لا يبيع إلا بعد ثبوت دينه وكون ما يبيع مِلْكًا لغريمة، واختلف أيضًا هل يكون ضمَان هذا الذي يباع من ضمان البائع، أو هو كالوكيل.

(ص): (وَعَلَيْهِ الْخِلافُ فِي إِنْكَارِ مَنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ إِنْ أَنْكَرَهُ غَيْرُهُ)

(ش): أي: وعلى هذا الخلاف وهو ظاهر، واشترط في "الجواهر " أن يكون الحقان حالين[٢].

ابن عبد السلام: واختلف هل له أن يحلف ويؤدي؟

(ص): (والْمُدَّعِي: مَنْ تَجَرَّدَ قَوْلُه عن مُصدِّقٍ، والْمُدَّعى عَلَيْهِ: مَنْ تَرَجَّح بِمَعْهُودٍ أَوْ أَصْلٍ)

(ش): لما كان يمين المدعي والمدَّعى عليه مِمَّا يشكل، وجرى النظر فيه احتاج إلى تفريقهما، ويُقال: إن علم القضاء يرد، وعلى تمييز أحدهما من الآخر، فإن العلماء لا يختلفون في حكم كان منهما؛ يعني: أَنَّ مَنْ تَمَسك باستصحاب المال هو المدعى

---

(١) انظر: التاج والإكليل:٢٩٠/١١، والذخيرة:١٥/١١.

(٢) انظر: حاشية العدوي:١٩٣/٧، وحاشية الصاوي: ٣٥٥/٩.

عليه، وَمَنْ أَرادَ النقل عن ذلك فهو المدعي، والظَّاهر أن قوله: (أَصْلٍ)، يغني عن قوله: (بِمَعْهُودٍ)؛ لأن المعهود هو أيضًا أصل فيستصحب، وعرفهما معًا ولم يكتب بواحد؛ لأن القصد من التعريف البيان، وإفراد كل منهما بالتعريف أوضح، ولكنه أشكل على تمييز أحدهما عن الآخر، فقد تكون معرفة كل واحد منهما ظاهرة، وقد تظهر معرفة أحدهما دون الآخر، فإذا كان رسم كل واحد منهما ظاهرة، وقد تظهر معرفة أحدهما دون الآخر، فإذا كان رسم كل واحد مِنْهُمَا مَعْلُومًا عند الفقيه وعرضت عليه مسألة؛ نظر فيها بقول كل واحد من الخصمين، فإن انْطَبَق رسم المدعي على أحدهما ورسم المدعى عليه على الآخر فذلك غاية البيان، وإِنْ انْطَبَق رسم المدعي على كلام أحدهما ولم ينطبق رسم المدعى عليه على كلام آخر لم يضره ذلك؛ لأنَّ معرفة المدعي تُوجب معرفة المدعى عليه وكذلك العكس[1].

(ص): (**فَلِذَلِكَ كَانَ مُدَّعِي رَدِّ الْوَدِيعَةِ مَقْبُولا لائْتِمَانِهِ، وَمُدَّعِي حُرِّيَّةِ الأَصْلِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا مَا لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْه حَوْزُ الْمِلْكِ، بِخِلافِ مُدَّعِي العِتْقِ**)

(ش) يعني: أَنَّه لا عِبرة بلفظ المدعي والمدعى عليه، وإِنَّمَا المعتبر المعنى المذكور، فلأجل ذلك المعنى كان قول المدعي لرد الوديعة إذا لم يكن أصلها ببيّنة مقبولا؛ لأَنَّه ترجَّح بِمَعهود عُرفي، إذ العُرف في ائتمانه يقتضي تصديقه، وكان قول مُدَّعِي الحرية في الأصل مَقْبُولا؛ لأنه ترجح بأصل، إذ الأصل عدم الرق، اللهمَّ إِلا أَنْ يثبت عليه حرز الملك فيستصحب، وهكذا نصَّ عليه في (كتاب العتق) الثاني من "الْمُدَوَّنَة".

قوله: (بِخِلاف مُدَّعِي العِتْقِ) أي: فإن قوله غير مقبول؛ لأَنَّه ثبت رقه والأصل استصحابه. ابن عبد السلام: وَقَدْ قِيلَ بمسألة الحرية ثلاثة أقوال.

فوائد:

الأولى: أَنَّ مَنْ تَمَسك بالأصل فهو المدعى عليه وخصمه هو المدعي، وذلك من قوله: (وَمُدَّعي حُرِّيَّةِ الأَصْلِ)[2].

الثانية: بين قوله: (مَا لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ حَوْزُ الْمِلْكِ) أَنَّ الأصل والغالب إذا تَعَارَضَا فالحكم للغالب.

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٤، والذخيرة:١١/٩.

(٢) انظر: حاشية العدوي:٧/١٩٤، وحاشية الصاوي: ٩/٣٥٦.

الثالثة: إِذَا ثبت الانتقال عن الأصل ببيّنةٍ أو إقرارٍ، فَمَنْ طلب رفعه فهو المدعي.

(ص): (**وَشَرْطُ الْمُدَّعَى: أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا مُحَقَّقًا، فَلا يُسْمَعُ: لِي عَلَيْهِ شَيْءٌ**)

(**ش**): شرط المدعى به، واحترز بالمعلوم من المجهول فلا يسمع: لي عليك شيء، وبالمحقق فلو قال: أظن أن لِي عِنْده شيئًا، أَوْ شك فلا يسمع ذلك[1].

المازري وغيره: إنه لو قال: لِي عِنْده شيء، جَوَّزنا فيه أن الطالب يقر بعمارة ذِمة المطلوب بشيء وجهل مبلغه، وأَرَاد أن يجاوبه المطلوب عن ذلك؛ إِمَّا بإقرار أنه ادَّعى به عليه التفصيل وذكر المبلغ، وإِمَّا بالإمكان له من أصله؛ أَلزَم الجواب، قال: وكذلك لو سأله سؤالا شاكًّا فِيْمَا له عليه، هل يستحق قبله شيئًا أم لا، فإن هذا يظن فيه وفي تفصيل القول فيه.

وزاد المازري شَرْطًا آخر للدعوى؛ وهو أن تكون مِمَّا لو أَقرَّ بِهَا للمدعى عليه للزمه، فإنه لو ادَّعى رجل على آخر هبة، وقلنا: إنها لا تلزم بالقول، فإن بعض العلماء ذهب إلى أن الجواب لا يلزمه هناك، وكذلك الوصايا إذا رجع عنها وهو شرط ظاهر.

(ص): (**وَيَكْفِي أَنْ يَقُولَ: اشْتَريتُ وَبِعْتُ وتَزَوَّجْتُ، ويُحْمَلُ عَلَى الصَّحِيحِ**)

(**ش**): يعني: أن مَنْ ادَّعى أمرًا معلومًا مُحَقَّقًا من بيعٍ أو شراءٍ أو تزويجٍ؛ فلا يلزمه بيان شروط صِحَّته، ولا يستفصل شروط الحاكم المدعى على ذلك، بل يكفيه أن يقول: اشتريت وبعت وتزوجت، وخالف الشافعي في النكاح فقط ورأى أنه لا يقبل الدعوى فيه، حتى يذكر المدعي شروط الصحة، فيقول: عقدت النكاح بصداق وولي وشاهدين، ووافق على أنه لا يلزمه في النكاح انتفاء الموانع؛ إِذْ لا فرق بين ذكر شروط الصحة وانتفاء مُوجِبات الفساد[2].

(ص): (**وَلا يَحْلِفُ مَعَ الْبَيِّنَة إِلا أَنْ يُدَّعَى عَلَيْهِ طُرُوُّ مَا يُبَرِّئُهُ مِنْ إِبْرَاءٍ أَوْ بَيْعٍ**)

(**ش**): يعني: إذا أقام بينة معتبرة على دعواه، فلا يلزمه مع ذلك يمين على صحتها خِلافًا للشافعي، ودليله قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ؟"[3]. إلا أن يدَّعي المدَّعَى عليه على المدعي أنه أبرأه مِنَ الحقِ أو عاوضه؛ فيحلف المدعي حينئذٍ؛ لأن

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٠، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي:٧/١٩٥، وحاشية الصاوي: ٩/٣٥٧.

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٥١٦) ومسلم، برقم (١٣٩) كلاهما من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

البيّنَة لـم تتضمن ذلـك إثباتًا ولا نَفيًا، وإذا توجَّهت اليمين على المدعي فنكل عنها حلف المطلوب وبرئ، قاله في "الْمُدَوَّنَة".

فرع

واختلف إذا قال المدعى عليه إن قام عليه بشهادة عدول: احلف لي بأنك لا تعلم فسق شهودك، هل يحلف على ذلك أم لا؟

ذكر المازري فيه الخلاف عن العلماء، ثُمَّ أشار إلى استظهار الوجوب، فكذلك إذا قال له: احلف لِي أنك تستحلفني في هذه الدعوى فيما مضى، قال: والذي مرَّ به القضاء والفُتْيَا عندنا لزوم المدعي اليمين للمدَّعَى عليه أنه ما استحلف قبل ذلك، أو يرد عليه قد استحلفه على هذه الدعوى أنه لا يحلف له مرَّة أخرى.

(ص): (**فَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي مُوَكِّلَكَ الغَائِبُ مِنَ الْحَقِّ، فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: يَنْتَظِرُ. وقَالَ ابنُ كِنَانَة: إنْ كَانَ كالْيَوْمِ، وَإِلا حَلَفَ الوَكِيلُ عَلَى نَفْيِ العِلْمِ...**)

(ش) أي، إذا قال المدعى عليه لوكيل الغائب: أبرأني موكلك الغائب من الحقِّ، فقال ابن القاسم في "المجموعة": لا يحلف الوكيل وينتظر الغائب، وفي بعض النسخ: وينتظر، فيعود على المدعى عليه أن يؤخر، حتى يجتمع بالمدعي، وقال ابن كنانة في "المجموعة": إنْ كان الطالب قريبًا من مثل اليومين فيكتب إلى الحاكم فيحكم، وإن لم يكن قريبًا حلف الوكيل أني ما علمت أنه قبض من الحقِّ شيئًا، أو يقضى له، وقال ابن المواز: يقضى على المطلوب وترجى له اليمين على الموكل، فإذا لقيه حلف المطلوب واسترجعه، وكلام المصنف يقتضي أن قول ابن كنانة خِلاف لقول ابن القاسم، وحمل غير واحد قولهما على الوفاق، وأن ابن القاسم يوافق على الانتظار في المدة القريبة، ولهذا قال في "البيان": ولا خِلاف في الغيبة القريبة أنه لا يقضى للوكيل إلا بعد يمين موكله[1].

(ص): (**وَمَنِ اسْتَمْهَلَ لإقَامَةِ البَيِّنَة أَوْ دَفْعِهَا أُمْهِل جُمُعَةً، وَيُقْضَى وَيَبْقَى عَلَى حُجَّتِهِ، وَللمُدَّعِي طَلَب كَفِيلٍ فِي الوَجْهَيْنِ...**)

(**ش**): (اسْتَمْهَلَ) أَي: طَلَب أن يمهل، أي لإقامة بيّنة، هذا في حقّ المدعي أو لدفعها، هذا في حقّ المطلوب أمهل جمعه، هو لغير ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة"، قال

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢١، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٩.

فيها: وإذا ادَّعى شهودًا حضروا على حَقِّه أوقف الخمسة الأيام والجمعة. ابن عبد السلام: والمذهب لا تحديد في ذلك. قال غير واحد من أهل المذهب: وضرب الأجل مصروف إلى اجتهاد القُضَاة والحُكَّام، وليس فيه حد محدود لا يتجاوز، وإنَّما هو بحسب ما يقتضيه الحال، وقد تقدَّم في الأقضية من كلام ابن راشد: أَنَّ العملَ على أحد وعشرين يومًا، وذكر ابن سهل وغيره: إذا كان في الأصول أُجّل المعذر إليه من طالب أو مطلوب خمسة عشر يومًا، ثُمَّ ثمانية، ثُمَّ أربعة أيام، ثم ثلاثة تتمة الثلاثين يومًا، ذكره ابن العَطَّار.

وقوله: (ويُقْضَى وَيَبْقَى عَلَى حُجَّتِهِ) ظاهره كان طالبًا أو مَطْلُوبًا، وهو ظاهر "الْمُدَوَّنَة" آخر (كتاب الأقضية)؛ لقوله: يقبل ما أتى به بعد التعجيز إذا كان لذلك وجه، وقيل: لا تَبْقَى لَهُ حُجَّة طالبًا كان أو مطلوبًا، ونقله ابن عبد السلام عن الأكثر، قال في "الْمُدَوَّنَة": تدل عند الأكثرين عليه، وقيل: تقبل من الطالب دون المطلوب، وقد تقدَّم هذا المعنى في الأقضية[1].

(ص): (**وَلِلْمُدَّعِي طَلَبُ كَفِيلٍ فِي الأَمْرَيْنِ**)

(ش): أي في إقامة البيّنة وفي دفعها، وأجمل في الكفيل؛ إذ لم يبين هل بالوجه أو بالمال، فأَمَّا المطلوب إذا أجل لدفع البيّنة؛ فللطالب أخذ جميل بالمال.

المازري: وكذلك لو أقام عليه شاهدًا، وطلب ذلك المدعي ليأتي بشاهد آخر، وأَمَّا إن طلب المدعي كفيلا، حَتَّى يقيم البيّنة بالحق، فحكى المازري بالاتِّفَاق على أنه لا يلزمه حميل بالمال.

وأَمَّا بالوجه ففي الحمالة من "الْمُدَوَّنَة": وَمْن كان بينه وبين رجل خُلطة فادَّعى عليه حقًّا؛ لَمْ يَجب عليه حميل بوجه حتى يثبت حقه، قال غيره: إذا ثبت الخلطة بينهما فله عليه كفيل بنفسه؛ ليوقع البينة على عينه، وفي الشهادات: ومن ادَّعى قبل رجل دينًا أو غصبًا أو استهلاكًا، فإن عرف بمخالطته في معاملته أو علمت تهمته فيما ادَّعى قبله من التعدِّي والغصب؛ نظر فيه الإمام، فإمَّا أن يحلفه أو يأخذ له كفيلا حتى يأتي بالبيّنة، وإن لم تعلم خلطته أو تهمته فيما ذكر لم يعرض له، ثم قيل: ما في الموضعين خلاف، وقال أبو عمران: المراد بالكفيل في الشهادات الوكيل، بِمَعْنَى أَنَّه يوكل من يلازمه

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٢، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٠.

ويحرسه؛ لأنه يطلق على الوكيل كفيل، وقال ابن يونس: في الحمالة؛ يعني عن ابن القاسم: إِذَا لَمْ يكن المدعى عليه مَعْروفًا مشهورًا فللطالب عليه كفيل بوجهه ليوقع البينة على عينه، وأَمَّا لو كان المدَّعى عليه مَعْرُوفًا مَشْهورًا؛ فليس للطالب عليه كفيل بوجهه؛ لأنَّا نسمع عليه البينة في غَيْبَتِه، وكذلك معنى قول ابن القاسم، والله أعلم[١].

(ص): (**وَإِذَا امْتَنَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ إِقْرارٍ أَوْ إِنْكَارٍ، فَرَوى أَشْهَبُ: يُحْبَسُ، وَقَالَ أَصْبَغُ: هُوَ كالنَّاكِلِ يَحْلِفُ الْمُدَّعِي وَيَحْكُمُ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَثْبُتُ بالبَيِّنَةِ طُولِبَ بِهَا وَحُكِمَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ يَمِين. وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: يُخَيَّرُ فِي الثَّلاثَةِ، فَإِنْ اخْتَارَ الحُكْمُ بِغَيْرِ يَمِينٍ كَانَ عَلَى حُجَّتِهِ...**)

(ش): يعني: إذا فرغ المدعي مِنْ دَعْوَاه كلف المدعى عليه بالجواب بأن يقر أو ينكر، فإن لم يفعل؛ فروى أشهب: يحبس حتى يقر أو ينكر واستصوبه محمد. ابن راشد: وهو الظاهر؛ لأن الخصم لم يتوجَّه عليه غير ذلك[٢].

ابن عبد السلام: وَبِهِ جَرَى العمل ويؤدب. ابن سهل: وَأَفْتَى فُقَهَاء قرطبة في مثل هذا بالضرب حتى يقر أو ينكر، فإن تَمَادى على إنكاره حلف عليه بغير يمين. وقال أصبغ: لا يخلو الذي وقع التنازع فيه إِمَّا أن يثبت بالنكول واليمين أو لا.

فالأول: يقول القاضي إِمَّا أن تجيب، وإِمَّا أَنْ يحلف ويحكم له عليه. وهذا بشرط أن تكون الدعوى مشبهة، ولم يتعرض المصنف لهذا الشرط؛ لكونه شرطًا في مُطلق الدعوى، وسيأتي تَنْبيه المصنف.

والثَّاني: وهو أن تكون الدعوى مِمَّا لا يَثْبت إِلا ببيِّنة، فإنه يطلب خصمه، فإن تمادى هذا على ترك الكلام حكم عليه، وهذه الزيادة أيضًا لا تفهم من كلام المصنف، وقال محمد بن المواز: يحكم عليه ولا يحتاج إلى يمين المدعي، وقال اللخمي: مُخيَّر في الثلاثة المتقدمة؛ فإِمَّا أن يحبس له المدَّعى عليه فيجيب بالإقرار أو الإنكار، وإِمَّا أن يحلف ويأخذ ما وقع النزاع عليه مِلْكًا؛ لأن امتناع المدَّعى عليه من الجواب امتناع من اليمين في المعنى؛ لأن الجواب سابق على اليمين وشرط فيها، وإِمَّا أَنْ يحكم له الآن دون يمين، فَإِنْ أجاب خصمه بعد ذلك بالإنكار سمع منه وتمم الحكم بينهما.

(ص): (**وَلِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنْ يَسْأَلَ عَنِ السَّبَبِ، ويُقْبَل دَعى نِسْيَانِهِ بِغَيْرِ يَمِينٍ، وَقالَ**

---

(١) انظر: حاشية العدوي:١٩٦/٧، وحاشية الصاوي: ٣٥٨/٩.

(٢) انظر: التاج والإكليل:٣٢٣/١١، وحاشية الصاوي: ٣٤١/٩.

البَاجِيُّ: القِيَاسُ اليَمِينُ...)

(**ش**): يعني: أَنَّ المدعي إذا ادَّعى بألف درهمٍ مثلا؛ فللمدعى عليه أن يسأله مِنْ أي وجه يستحقها عليَّ، فإن بيَّن الطالب وجهه؛ وَقَفَ المطلوب عليه ولزمه أن يقر أو ينكر، وإن أَبَى وَلَمْ يدع نِسْيانه لم يسأل المطلوب عن شيء، قاله أشهب في "المجموعة"، وهو في "كتاب ابن سحنون " أيضًا، ووجهه: أن المدعي إذا ذكر السبب يحتمل أَنْ يكون فَاسِدًا فلا يرتبُ على المدَّعَى عليه غرامة.

وقوله: (ويُقْبَلُ دَعْوى نِسْيَانِهِ بِغَيْرِ يَمِينٍ)، وقال الباجي: القياس بيمين، هذا مِنْ تمام قول أشهب، وقول الباجي أظهر[1].

فرع

وإن أنكر المطلوب المعاملة كلف الطالب البينة، نقله الباجي.

(**ص**): **(وَجَوابُ دَعْوىَ القِصَاصِ عَلَى العَبْدِ، وَدَعْوَى الأَرْشِ عَلَى السَّيِّدِ)**

(**ش**): لأنه إنما يكلف الجواب من يتوجَّه الحكم عليه، وفي معنى القصاص حدُّ القذف ونحوه.

وقوله: (وَدَعْوى الأَرْش عَلَى السَّيِّدِ) يريد: إلا أَنْ تقوم قرينة تُوجب إقرار العبد فيها بالمالِ، كَمَا قال في (كتاب الديات): في عبد على برذون مشى على أصبع صبي فقلعها فتعلق به وهو يُدْمي، يقول: هذا فعل فيَّ، فصدقه العبد؛ أَنَّ الأرش يتعلق برقبة العبد، وأَمَّا على غير هذا مِنْ إقرار العبد فلا يقبل إلا بالبيِّنة، وحيث قلنا إقرار العبد في القِصاص يعفو عنه مَنْ يستحق القصاص على أن يأخذ العبد فليس له ذلك؛ لأن العبد يتهم على أن يكون أراد الفرار من سيده بإقراره على هذا الوجه، قاله في "الْمُدَوَّنَة" أيضًا.

(**ص**): **(وَاليَمِيْنُ فِي الحُقُوقِ كُلِّهَا: واللهِ الذي لا إِله إلا هُوَ فَقَطْ عَلَى الْمَشْهُورِ. وَرَوى ابن كِنَانَةَ: يُزَادُ فِي رُبع دِينارٍ، وَفِي القَسَامَةِ، وَاللِّعَانِ: عَالِمِ الغَيْبِ والشَّهَادَةِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ...)**

(ش) ظاهره أَنَّهُ لا بُدَّ من الاسم المعظَّم ووصفه بالذي لا إله إلا هو.

المازري: والمعروف من المذهب المنصوص عند جميع المالكية أنه لا يكتفى

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٤، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٢.

بالله فقط، وكذلك نص عليه أشهب، وكذلك لو قال: وهو الذي لا إله إلا هو، ما أجزأه حتى يجمع بينهما، وقال اللخمي: الذي يقتضي قول مالك الإجزاء إذا اقتصر على أحدهما، واختاره واستدل له بلزوم الكفَّارة في أحدهما بغير خلاف[١].

المازري: وإنما تعلق ما نسبه لمالك بِمَا وقع في "الْمُدَوَّنَة" في ذكره يمين اللعان في قوله: يقول بالله، وبما قاله في يمين اليهودي والنصراني أنه يقول بالله، وهذا ليس المقصود به عند مالك رضي الله عنه، أنه اللفظ الذي يذكر هنا، وإنما أراد بيان ما وقع فيه الإشكال، وإثبات الزيادة واللعان، وإثبات ذكر الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام في حقِّ اليهودي، وإثبات الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام في حقِّ النصراني.

وقوله: (وَرَوَى ابْنُ كِنَانَةَ... إلخ) ظاهر التصور، وزيد في القَسَامة قول ثالث؛ أَنْ يقول: أُقْسِم بالله الذي أَحْيا وأمات، ويتحصل في فهم اللخمي في اللعان أقوال:

الأول: مذهب "الْمُدَوَّنَة": بالله. الثاني في "الْمَوَّازِيَّة": أشهد بعلم الله.

اللخمي: يريد أنه جائز لا أنه لا يجزئ غيره. الثالث: القول الذي قدَّمه المصنف.

الرابع: القول الثاني من كلام المصنف. الخامس: بالله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم، ويتحصل فيه أقوال:

أولها: بالله الذي لا إله إلا هو. الثاني: أن يقول الذي أمات وأحيا. والثالث: أن يقول لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم. الرابع: وذكر ابن رشد أَنَّه مَضَى به العمل عندهم: عالِم الغيب والشهادة، ولَمْ يذكر الرحمن الرحيم، وزاد فيه أن تكون الأيمان إِثر صلاة العصر يوم الجمعة.

(ص): (**قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: وَلا يُزَادُ عَلَى الكِتَابِيِّ: الذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ والإِنْجِيلَ، وَقِيْلَ: يُزَادُ**)

(ش): الأول المشهور، والثاني رواه الواقدي عن مالك، ومعناه: يُزاد على اليهودي؛ الذي أنزل التوراة على موسى، وعلى النصراني؛ الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام، وأطلق المصنف لعدم الإلباس، وإنما جمعها في القول الأول في سِيَاق النفي[٢].

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٥، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٣.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٦، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٤.

قال في "الْمُدَوَّنَة": ويحلفون في كنائسهم حيث يُعَظِّمون، وظاهر قول مالك: أن المجوسي يحلف كما يحلف المسلم بالله الذي لا إله إلا هو. وقيل: لا يلزمه أن يقول إلا بالله، ومقتضى كلام المصنف أن الكتابي يقول في يمينه: والله الذي لا إله إلا هو. وفي "الْمُدَوَّنَة": ولا يحلف اليهودي والنصراني في قوله في لِعَان أو غيره إلا بالله.

عياض: فحمله بعض الشيوخ على ظاهره وأنهم لا يلزمهم تمام الشهادة؛ إذ لا يعتقدونها فلا يكلفون ما لا يدينون به وهو مذهب ابن شبلون، وفرق غيره بين اليهود فألزمهم ذلك لقولهم بالتوحيد وبين غيرهم.

وقال غيره لنا: إنَّمَا يَحْلِفُونَ بِاللهِ فَقَطْ هنا، لَمَّا سَأَلَهُ عَنْهُ: أَيَزِيدُونَ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَى مُوسَى عَلَيْهِ السلام وَالإنْجِيلَ عَلَى عِيسَى عَلَيْهِ السَّلام، فَقَالَ: أن يَحْلِفُوا بِاللهِ فَقَطْ لا يلزمون بما سَأَلْتَ عَنْهُ.

وذهب بعضهم إلى أن جميعهم يلزمه هذا اعتقده أم لا، رضيه أم كرهه، ولا يعد قولهم ذلك إسلامًا، وإنما هو حكم يجريه عليه الإسلام كما يلزمون فيما تحاكموا فيه مع المسلمين بحكم الإسلام، وإليه ذهب المتقدمون والأصحاب. انتهى باختصار.

(ص): (**وتُغْلَّظُ فِيْمَا لَهُ بَالٌ بِالْمَكَانِ. وَقِيلَ: وَبِوَقْتِ الصَّلاةِ، وتُغَلَّظُ فِي الدِّمَاءِ وَاللِّعَانِ بِهِمَا...**)

(**ش**): الذي له بال هو ربع دينار فصاعدًا، (بِالْمَكَانِ) أي: بالجامع. وأَمَّا ما دون ذلك فيحلف حيث كان.

قوله: (وَقِيلَ: وَبِوَقْتِ الصَّلاةِ) فهم منه شيئان:

أولهما: أن الأول تغلظ بوقت الصلاة. وثانيهما: أن القول الثاني وافق على التغليظ بالمكان أو لإثبات الدار.

وقوله: (بوقْتِ الصَّلاةِ) أي: حِيْنَ يحضر الناس في المساجد ويَجْتَمِعُون للصلاة وتغلظ في الدماء وفي اللعان بهما؛ أي: بالزَّمَان، والمكان، وحاصله: أنه اتَّفَق على التغليظ بِهما في الدماء وفي اللعان، واختلف في الأموال، ونزل قوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلا﴾ [آل عمران: ٧٧] فيمن حلف بعد العصر على يمين كاذبة[1].

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٧، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٥.

فرع:

المازري: المعروف أنه لا ينوب مناب الجامع الأعظم آخر ولو كان مسجد جماعة وقبائل، وأخذ الباجي التحليف في سائر المساجد مِمَّا رَوَاه ابن سحنون: في امرأتين مِمَّن لا يخرج، فأمر أن يخرجا من الليل إلى الجامع، فَسُئِل عن تحليفهما في أقرب المساجد ولا يكلفان إلى الجامع، فأجاب إلى ذلك، ورده المازري بكونه ذكر اختصاص من يُسْتحلف بمعنى يوجب تغير الحكم بكون امرأتين مخدرتين لا يتصرفان، فكما نقلهما من الحلف نهارًا إلى الليل سترًا عليهما كذلك ينقلهما إلى أقرب المساجد.

(ص): (**وتَخْرُجُ المُخَدَّرَةُ مِنَ الحُرَّة والأمَةِ إلى الْمَسْجِد لَيْلا، وُيُجْزِئُ فِي تَحْلِيفِهِمَا الوَاحِدُ، والاثْنَانِ أَوْلَى**...)

(ش): أي: تخرج فِيمَا له بال؛ لأن كلامه فيه، وظاهره أنه تخرج لربع دينار فصاعدًا[1].

المازري: وهو المشهور وهو قول مطرف وابن الماجشون، وفي "الْموازية" عن ابن القاسم: أنها لا تخرج إلا في المال الكثير الذي له بال، وفَسَّره اللخمي بالدينار فأكثر.

الجوهري: والخدر: الستر، وجارية مخدرة: اللازمة الستر، وظاهر كلام المصنف: أَنَّها تخرج ليلا، ولو كان لا تخرج جملة ولا تتصرف كنساء الملوك، وهكذا قال الأندلسيون، قالوا: وإن منعت من الخروج حُكِم عليها بحكم الملك.

عياض: وليس بصواب؛ لأنها مكرهة فكيف تؤخذ بذنب، وقال ابن كنانة وغيره، وهو الذي ذكره عبد الوهاب: إن مثل هذه تحلف في بيتها وهو ظاهر، و"الْمُدَوَّنَة" محتملة للقولين؛ لقوله: وإن كانت مِمَّن لا تخرج نهارًا فلتخرج ليلا.

وفي بعض النسخ: (لا تخرج) ولم يذكر نهارًا، وهذا إنما هو فيما تطلب به المرأة من اليمين وجب عليها، فأما يمينها فيما تستحق به حقها فلتخرج إلى موضع اليمين، نص عليه ابن كنانة في "الْمُدَوَّنَة" وغيره ولم يذكر فيه خِلافًا.

وقوله: (مِنَ الحُرَّةِ وَالأمَةِ) نحوه في "الجواهر " عن ابن عبد الحكم، والذي في

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٢/٩.

"الْمُدَوَّنَة": وأم الولد مثل الحرة فيمن تخرج أو لا تخرج، فخص ذلك بأم الولد، وقال بإثر ذلك: أَمَّا العبد وَمَنْ فيه بقيَّة رقٍ فَهُو كالحرّ في اليمين[١].

ابن عبد السلام: وفي "الْمُدَوَّنَة"، وأَمَّا المكاتبة والمدبرة فهما كالحرة في اليمين.

خليل: لم أجد هذا في كُلِّ النسخ بل في بعضها، ولم يتكلم على هذه الزيادة أبو الحسن في "التنبيهات " في باب (الأقضية).

وقوله - يعني في "الْمُدَوَّنَة" -: وأَمَّا ما سألت عنه من المكاتب والمدبر وأمهات الولد؛ فسنتهم سُنَّة الأحرار، إلا أني أرى أمهات الأولاد كالحرائر؛ منهن من تخرج ومنهن مَنْ لا تخرج. حمل بعضهم الكلام الأول على الذكران دون الإناث، ولهذا استثنى أمهات الأولاد، وعليه اختصر أبو محمد، وذهب آخرون إلى أن الكلام على الذكران والإناث وأنهم ما عدا أمهات الأولاد كالرجال في اليمين، وإنما استثنى أمهات الأولاد؛ لأن لهنَّ حُرمة ساداتهن وأبنائهن كحُرمة الحرائر، ومن عداهن من المكاتبات والمدبرات والسراري كالذكران من الرجال، وإليه ذهب ابن محرز.

ووقع في كلام ابن القاسم في هذه المسألة في (كتاب الشهادات): وأما ما سألت عنه من المدبرات، والمكاتبة، وأمهات الأولاد فسُنَّتهم سُنَّة الأحرار. انتهى. وهذا يرجح سقوط التي ذكرها ابن عبد السلام ثم قوله: (الحرة) يحتمل في نفس اليمين[٢].

قوله: (وَيُجْزِئُ فِي تَحْلِيفِهِمَا الوَاحِدُ والاثْنَانِ أَوْلَى) وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة". قال عياض: وهو أحد قوليه في هذا الأصل كالنظر في العيوب والترجمان، ونحو ذلك.

(ص): **(وَيَمِينُ الْمَسْجِدِ قَائِمًا مُسْتقبلا، وَقِيْلَ: إنْ كانت فِي لِعَانٍ أَوْ قَسَامةٍ)**

(ش): أخذ من صريحه أن اليمين إذا كانت فيما له بال، وأوقعت في المسجد يلزم فيها القيام والاستقبال، وفهم من كلامه أنه إذا لم تكن فيما له بال يحلفها كيف تيسر، وهذا قول مطرف وابن الماجشون، وهو خلاف مذهب "الْمُدَوَّنَة"؛ لأن فيها: وكل ما له بال، فإنما يحلف فيه في جامع بلده في أعظم مواضعه، وليس عليه أن يستقبل القبلة، وروي عن مالك: أنه يحلف جالسًا ولا يحلف قائمًا.

وقوله: (وَقِيْلَ: إنْ كَانَتْ فِي لِعَانٍ أَوْ قَسَامَةٍ) أي: فيحلف فيها قَائِمًا مستقبلا، وهو قول أشهب.

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٣/٩.

(٢) انظر: حاشية العدوي:١٩٤/٧، وحاشية الصاوي: ٣٥٦/٩.

(ص): (**وَلا يَعْرِفُ مَالِكٌ اليَمِينَ عِنْدَ المنْبَرِ إلا فِي الْمَدِينَةِ فِي رُبُعِ دِيْنَارٍ فَأَكْثَر، وَيَحْلِفُ فِي أَقَل مِن ذَلِكَ فِي سَائِرِ الْمَسَاجِدِ...**)

(**ش**): نحوه في "الْمُدَوَّنَة"[١]، وإنَّما اختصَّ منبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بهذا؛ لأنه موضع مُصلاه، وقد قال عليه السلام: "مَنْ حَلَفَ عِنْدَ مِنْبَرِي آثمًا إنَّما تبوأ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ"[٢].

وظاهر "الْمُدَوَّنَة" ألا يحلف في سائر المساجد غير مسجده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند المنبر، وقد صرَّح ابن وهب في روايته بذلك، وقال مطرف وابن الماجشون: يستحلفون في رب دينار في المدينة عند منبره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وفي غيرها في المسجد الأعظم حيث يعظِّمون منه عند غيرهم أو تلقاء قِبلتهم، ولو اتفق أن يكون في بعض المساجد المنبر في وسط المسجد لكانت اليمين عند المحراب دون المنبر[٣].

المازري: والمعروف أنه يحلف في المدينة عند منبره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وفي مكة عند الركن، وفي غيرهما من البلاد في الجامع الأعظم، وهل يختص في الجامع الأعظم بمكان المنبر؟ وقع في بعض الإطلاقات ما يشير إلى أنه لا يشترط اليمين عند المنبر إلا فِي مِنْبر الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وذكر ابن حبيب عن بعض أصحاب مالك أن الاستحلاف عند المنبر وتلقاء القبلة، يشير بذلك إلى أن المحراب هو أعظم حُرمة مِمَّا سِوَاه في المسجد؛ لكونه محل من يقتدى به.

المازري: والمعروف من المذهب أنه لا يستحلف في المسجد في أقل من ربع دينار، لكن ابن الجلاب قصر هذا الاحترام على مسجده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقد شرط في الاستحلاف أن يبلغ الحق ربع دينار، واستحلف فيما سواه من البلدان في المسجد الأعظم في أقل من ربع دينار، وعلى هذا فقول المصنف: (**وَيَحْلِفُ فِي أَقَل مِنْ ذَلِكَ فِي سَائِرِ الْمَسَاجِدِ**) خلاف المعروف[٤].

(ص): (**قَالَ: ومَنْ أَبَى أَنْ يَحْلِف عِنْدَهُ كَانَ نَاكِلا**)

---

(١) انظر: المدونة، لمالك بن أنس: ٢٢٦/٥.

(٢) أخرجه النسائي، في السنن الكبرى: رقم (٢٩٧٤) من حديث أبي أمامة، رضي الله عنه، والبيهقي في السنن الصغير، رقم (٤٦٠٣).

(٣) انظر: التاج والإكليل:٣٠١/١١، والذخيرة:٢٦/١١.

(٤) انظر: حاشية العدوي:١٩٥/٧، وحاشية الصاوي: ٣٥٧/٩.

(ش): أي: قال مالك: وَمَنْ أَبَى أَنْ يحلف عند المنبر كان نَاكِلا.

(ص): **(وشَرطُ اليَمِينِ أَنْ يُطابِقَ الإنْكَارَ)**

(ش): اليمين إذا توجَّهت على المدعى عليه؛ لإنكاره فشرطها أن تكون مطابقة لإنكاره، كما لو ادَّعى عليه أنه اشترى منه فأنكره، فيحلف أنه اشترى منه كذا. قال في "الْمُدَوَّنَة": ولو أراد أن يحلف أنه لا حق لك قبلي، فليس له ذلك؛ لأن هذا يريد أن يوري.

ابن القاسم: يعني: يلقن. وشرحه التونسي: بأنه يريد أن يتحيل على أن يكون القول قوله في القضاء بقوله: ما له عندي. واشترط ابن الماجشون المطابقة وأجاز أن يحلف أنه لا حق لك قبلي، يريد لا قليلا ولا كثيرًا، هكذا ذكره المازري عنه وهو ظاهر؛ لأن اليمين على نية المستحلف[1].

المازري: واختار ابن حبيب الاستظهار بقرائن الحال، فإذا كان المدعى عليه من أهل الصلاح والفضل والمدعى من أهل التهم ومن يظن به أنه ادعى الباطل؛ قنع في اليمين بما قاله ابن الماجشون، فيقول: ما لك عندي حق قليل ولا كثير، وقال: وهذا قاله ابن الماجشون.

(لا قليل ولا كثير): إشارة إلى إحدى الطريقتين في المسألة التي أشرنا إلى اختلاف العلماء فيها إذا ادَّعى رجل بعشرة، فقال: ما لَكَ عِنْدي عشرة، أنه يضيف إلى هذا ولا أقل منه.

(ص): **(وَاليَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ عَلَى وَفْقِ الشَّهَادَةِ بأَنَّه أَقَرَّ، وَلا يَلْزَمُهُ أَنَّ عَلَيْه كَذَا)**

(ش): لما تكلم على اليمين في جانب المدَّعى عليه تكلم فيما إذا كانت في جانب المدعي، وهي على قسمين:

أحدهما: أن يقوم له شاهد بالحقِّ. والثاني: أن يردها **عليه**، لكن المصنف ترك بيان هذا القسم الثاني استغناء ببيان يمين المدعى عليه، فإن من ردت عليه يمين فإنما يحلفها إثباتًا ونفيًا على مناقضة من ردها عليه، كَمَا استغنى أيضا عن بيان يمين المدَّعى عليه، إذا ردها المدعي إذا قام له شاهد للوجه الذي قلناه، ومعنى كلامه هنا: أنه إذا شهد شاهد له أن فلانًا أقرَّ له بمائة، فإنهما يحلف على وفق الشاهد لا على وفق دَعْوَاه.

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٠٢، والذخيرة:١١/٢٧.

ابن عبد الحكم: وليس للطالب أن يحلف أن له عليه مائة أو غصبه مائة، ولهذا لو قال المصنف عوض قوله: (وَلا يَلْزَمُه) ولا يقبل منه أن عليه كذا، كان أحسن، ثم يظهر ما قاله ابن عبد الحكم إذا قلنا: أَنَّ اليمين كشاهد ثانٍ، وَأَمَّا على قول مَنْ يَرى أَنَّ الحق إِنَّمَا هو مستند للشاهد واليمين إنما هي استظهار؛ فَيَنْبَغِي أَلا يَشْترط المطابقة.

(ص): (**فَإِنْ كَانَ عَلَى غَائِبٍ زَادَ: وَأَنَّهُ بَاقٍ عَلَيْهِ إِلى الآنَ**)

(**ش**): قد تقدَّم فِي كلام المصنف في آخر باب (الأقضية) في هذه المسألة خِلاف، لكن إذا حلف أنه باقٍ عليه إلى الآن استلزم الفصول كلها.

(ص): (**وَيَحْلِفُ مَنْ بَلَغ مِنْ وَرَثَتِهِ كَذَلِكَ عَلَى نَفْيِ العِلْمِ**)

(**ش**): يعني: إذا ادَّعى مَنْ عليه الحق من الورثة أنهم علموا بالقضاء فيحلف مَنْ كان مِنْهُم بالغًا يوم الموت؛ لأنه يظن به أنه علم بذلك، وأَمَّا من كان صغيرًا فلا.

وقوله: (عَلَى نَفْيِ العِلْمِ) فيقول: ما علمت أنه قبض منك شيئًا، وَلا يكلف البت.

قال في "الجواهر": وإذا حلف البالغ قضي لجميعهم، واختلف: هل لا يحلف الوارث إلا بشرط أن يدَّعي المطلوب عليه العلم أو لا يشترط ذلك؟

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنه لا يحلف كل من بلغ، والمذهب أنه لا يحلفها من البالغين إلا من يظن به منهم العلم؛ كقريب القرابة المخالط، وأَمَّا مَنْ بَعُد كابن العم والأخ الذي لا يخالط أخاه فلا يحلف كالصغير.

(ص): (**ويَحْلِفُ في الرَّدِيءِ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَفِي النَّقْصِ عَلَى البَتِّ**)

(**ش**): أي: في الدرهم الجيد والرديء، فحذف الموصوف، فيقول: ما أعطيته إلا جيادًا في علمي، وظاهره أن هذا في حقِّ الصيرفي وغيره وهو قول ابن القاسم، وقيل: بل يحلف على البتِّ، وفصل ابن كنانة وابن جبيب فقالا: يحلف الصيرفي على البتِّ وغيره على العلم؛ لأن الصيرفي لا تشكل عليه الدراهم بخلاف غيره.

قال في "الجواهر"، ولو قال: ما أعرف الجيد من الرديء، فقال بعض الأصحاب: يَحْلِف ما أعطيته رديئًا في علمي، وحلف في النقص على البت؛ لأن النقص يمكن فيه حصول القطع ولا يتعذر الجزم به أو بعدمه بخلاف الجودة والرداءة.

(ص): (**وَمَا يُحْلَفُ فِيْهِ بَتًّا يُكْتَفَى فِيْهِ بِظَنٍّ قَوِيٍّ، أَوْ خَط أَبِيهِ، أَوْ قَرِينَةٍ مِنْ خَصْمِهِ وَشِبْهِهِ، وَقِيْلَ: الْمُعْتَبَرُ التَّغْيِيرُ...**)

(**ش**): لما ذكره أولًا أن اليمين إن كانت على نفي العلم اكتفي بالظن، وإن كانت

على البتِّ فقولان: أولهما: الاكتفاء بالظن كالأول. والثاني: لا بُدَّ من العلم، والقولان لمالك، والأول في "كتاب ابن سحنون"، واستقرأ من "الْمُدَوَّنَة" من (كتاب الشهادات)، و(كتاب الوديعة) و(كتاب الديات)، والثاني في "الْمَوَّازِيَّة"، واحتج للأول: بأنه لو أقام الصغير شاهدين بدين لأبيه؛ لساغ له أخذ هذا المال والتصرف فيه مع أنه لا يقطع بصدق الشاهدين، فلما أبيح له الاعتماد على الظن أُبيح له أن يحلف عليه بأن استباحة الأموال ورد الشرع بالتعويل فيها على الظاهر، ولو طلب فيها اليقين لأدَّى إلى ضرر عظيم؛ لعُسر تحصيل اليقين في كلِّ وقت يحتاج الإنسان فيه قوته وغير ذلك من مهماته، ويلزم ألا يشتري شيئًا من السوق؛ حتى يعلم صِحَّة ملك البائع له، والبائع من البائع، بخلاف اليمين فإنه لا مانع في طلب اليقين فيها، بل مُقْتَضَى تعظيم حق الله أَلا يحلف به إلا مع تيقن الصدق، ومَن هنا تعلم أن قول المصنف في باب (الأيمان): (والظَّاهِرُ أَنَّ الظنَّ كَذَلِكَ) مَبْنِي على القول الثاني لا على الأول[1].

(ص): **(وَاليَمِينُ عَلَى نِيَّةِ الْحَاكِمِ فَلا تُفِيدُ تَوْرِيَةَ الاسْتِثْنَاء)**

(ش): أي: التي يحلفها المدعى عليه هي على نِيَّة القاضي واعتقاده لا على نِيَّة الطالب، وقد تقدَّمت هذه المسألة في باب (الأيمان)، ووقع في بعض النسخ أن ما تقدَّم على المشهور؛ وهي زيادة تصح على طريق بعض الشيوخ كما تقدَّم.

(ص): **(وَيَمينُ المَطْلوبِ: مَا لَهُ عِنْدِي كَذَا وَلا شَيْءَ مِنْهُ، لا مُطْلَقًا)**

(ش) كما لو ادَّعى عليه عشرة وأنكرها فإنه يحلف: ما لَهُ عِنْدِي عشرة ولا شَيء مِنْهَا.

المازري: واختلف العلماء هل يكتفي بقوله: ما لَكَ عِنْدِي عشرة، لكونه مطابقًا لما سئل عنه أَوْ لا بُدَّ أن يقول: ولا شيء منها. قال: والتحقيق عندي يقتضي ألا يكلف زيادة على العشرة إلا حين يدعي سؤالا بآخر، ويقول: فهل لِي عندك بعض العشرة، ويسمِّي جزءًا؛ فيلزم حينئذٍ المجاوبة.

(ص): **(فَإِنْ ذَكَرَ السَّبَبَ نَفَاهُ مَعَهُ عَلَى المَشْهُورِ. وَقَالَ البَاجِيُّ: القِيَاسُ أَنْ يُكْتَفَى بِذِكْرِ السَّبَبِ، وَعَنْ مَالِكٍ: يُقْبَلُ: مَا لَهُ عَلَيَّ حَقٌّ، ثُمَّ رَجَعَ...)**

(ش): أي: إن ذكر سبب العشرة، كما لو قال: أسلفته عشرة مثلا، وفهم من هذا أن

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٠٣، والذخيرة:١١/٢٨.

الكلام الأول إذا لم يذكر السبب، وقوله: (نفَاهُ) أي: السبب معه[(١)].

ابن عبد السلام: أي مع العدد، ويحتمل أن يقدر بعكس هذا التقدير، فيقول المدعى عليه في يمينه: والله الذي لا إله إلا هو ما له عندي عشرة من سلف ولا من غيره، هكذا نص عليه أشهب وسحنون.

وقال الباجي: القياس أَنْ يُكْتَفَى بقوله: ما لَهُ عِنْدِي عشرة من سلف؛ لأن اليمين مطابقة للجواب، والجواب مطابق كنفي الدعوى، والطالب لم يطلبه بغير ذلك، وفي أخذ زيادة قوله: ولا من غيره من كلام المصنف نظر، وهي زيادة لا بُدَّ منها، ونص أشهب على أنه لو لم يزدها أن اليمين لا تجزئه، وعن مالك يقبل: ما لَهُ عَلَيَّ حق، ثُمَّ رجع، هذا هو الشاذ المقابل للمشهور وهو مذهب ابن الماجشون.

(ص): (**قَالَ ابْنُ دِينَارٍ، قُلْتُ لابْنِ عُبْدُوسٍ: فَيُضْطَرُّ إِلى يَمِينٍ كَاذِبَةٍ أَوْ غُرْمِ مَا لا يَجِبُ، فَقَالَ: يَنْوِي شَيْئًا يَجِبُ رَدُّهُ، وَيَبْرَأُ مِنَ الإِثْمِ...**)

(**ش**): نسبة السؤال إلى ابن دينار وَهم؛ لأنه إِمَّا محمد بن دينار وهو من أصحاب مالك، وإما عيسى بن دينار وهو من أصحاب ابن القاسم، وكلاهما أقدم من ابن عبدوس؛ لأنه من أصحاب سحنون، والصواب ما ذكره ابن شاس، قال ابن حارث، قال محمد بن زياد لمحمد بن إبراهيم بن عبدوس: إذا أسلف الرجلُ الرجلَ مالا فقَضاه إِيَّاه بعد ذلك بغير بيّنة وجحد القابض، فإن أَرَاد أن يحلفه أنه ما أسلفه، فإن باطن أمره أنه قد قَضَى - أعني في ضميره - سلفًا يجب عليَّ رده إليك في هذا الوقت، وبرئ من الإثم في ذلك، وانظر هذ مع قولهم أن اليمين على نية الحاكم، ووقع في بعض النسخ، قال ابن زياد: وعليها يندفع الاعتراض، ثم إن ما ذكره ابن عبدوس إنما هو مبني على القول الذي رجع إليه مالك، وأما على المرجوع عنه؛ فيكفي: ما له عندي شيء[(٢)].

(ص): (**وَلَو قَالَ الْمَطْلُوبُ: هُو وَقْفٌ، أَوْ لِوَلَدِي، أَوْ لَيْسَ لِي؛ لَمْ يُمْنَعِ الْمُدَّعِي مِنَ الْبَيِّنَةِ**)

(**ش**): إذا كان المدعى فيه معينًا، وكان بيد رجل فأجاب الذي هو بيده أنه وقف، أو قال: لولدي سواء كان صغيرًا أو كبيرًا، أَوْ قال: لَيْسَ لِي وَلَمْ يزد، وقيل للمدعي: أقم البيّنة بأن هذا لا ينازعك فيه، وتكون المخاصمة بين المدَّعي وبين الناظر في الوقف،

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٠٤، والذخيرة:١١/٢٩.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٠٥، والذخيرة:١١/٣٠.

وبينه وبين الولد إنْ كَان كبيرًا، وبينه وبين أبيه إن كان صغيرًا.

(ص): (**وَلَوْ قَالَ: لفُلانٍ الْحَاضِرِ، فَلْيَدَّعِ عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ فَلِلْمُدَّعِي تَحْلِيفُ الْمُقِرِّ، فَإِنْ نَكَل حَلَفَ وَغَرِمَ قيمَة ما فَوَّتَهُ...**)

(**ش**): هذا تفريع على قوله: (أَوْ لَيْسَ لِي) فَلا بُدَّ مِنْ استفساره إذا سَمَّاه، فإما أن يكون حاضرًا أو غائبًا، وتكلم المصنف أولا على الحاضر وذكر أن الدعوى تنقل إليه إذا وافق على أنه له، ثم المدعي إما أن يقيم بينة، وإِمَّا أن يحلف المقر له، فَإِنْ أقام بينة فواضح، وإن حلف فللمدعي أن يحلف المقر أنه ما أقرَّ إلا بالحق، وإن نكل - أي: المقر - حلف- أي: المدعي - وغرم له المقر قيمة ما أتلف عليه بإقراره، أو مثله إن كان مثليًا، وهذا ظاهر إذا حلف المقر له أولا.

وأَمَّا إِنْ كان المقر له نكل فانتقلت اليمين على المدعي فنكل عنها، فلا يَنْبَغِي أن يحلف المقر له؛ لأن من حُجَّة المقر أن يقول: هَبْ أَنِّي نكلت فلا يتعلق لك الحق بنكولي خاصة، ولا بُدَّ مِنَ اليمين معه، وقد توجَّهت هذه اليمين عليك بنكول المقر له فنكلت عنها، ومن نكل عن يمين فلا يعود فيها.

المازري: بعد أن ذكر ما ذكره المصنف: إن للمدعي بعد تحليف المقر له أن يحلف المقر أيضًا، قال: وعلى قول مَنْ ذهب مِنَ الناس إلى أن متلف الشيء بإقراره لغير مستحقه لا يطلب بالغرامة، لا يمين هنا على المقر؛ لأنه لم يباشر الإتلاف، وإنما قال قولا حكم الشرع بإخراج ما أقر به من يده وكان سببًا في إتلافه، فلهذا لا يمكن من تحليفه؛ لأنه إذا لم يلزمه بالإقرار حكم ولا غرامة فلا يلزمه يمين، وأشار المازري إلى أن من الناس مَنْ رأى أَنَّه لا غرامة على المقرِّ إذا نكل بعد القول بتوجيه اليمين عليه[1].

ابن عبد السلام: وفيه نظر.

(ص): (**وَإِنْ كَانَ غَائِبًا لَزِمَهُ الْيَمِينُ أَوْ الْبَيِّنَةُ، وَانْتَقَلَت الْحُكُومَةُ إِلَيْهِ، فَإِنْ نَكَلَ أَخَذَهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ، فَإِنْ جاءَ الْمُقرُّ لَهُ فَصَدَّقَ الْمُقِرَّ أَخَذَهُ...**)

(**ش**): فإن كان المقر له غائبًا غيبة بعيدة لا يلزم الإعذار إليه فيها، فلا خلاف أنه لا يسلم لمدَّعيه بمجرد دعواه، ولا خلاف أيضًا أنه لا يقبل قول المدعي مجردًا عن يمين وبينة ثم أقام بينة على أنه للغائب؛ كانت الدعوى بين هذا المدعي والغائب، وإن لم يقر

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٠٦، والذخيرة:١١/٣١.

وطلب المدعي يمين المقر؛ فقال أشهب: ما حكاه المصنف تلزمه اليمين أو البينة.

وقال المازري: يسأل المدعي عن غرضه في تحليفه، فإن كان لينكل فيحلف المدعي ويغرم المقر قيمة الثوب، جرى على الخلاف في التغريم إذا أتلفه بالإقرار، وإن كان لينكل فيحلف المدعي ويستحق على المتنازع فيه ويبطل حق الغائب فيه الآن؛ ففيه خلاف.

وذكر ابن سحنون فِيْمَنْ ادَّعى في دار في يده، فقال: هي لفلان الغائب، أنه إن حلف بقيت في يده، وإن نكل سلمها للمدعي من غير حلف حَتَّى يقدم الغائب فيأخذها بإقرار مَنْ كانت في يده، قال: واختار بعض أشياخي سقوط اليمين عنه، إذا لم يقل المدعي أنه أودعه هذه الدار ورهنه إياها؛ لكونه لا يلزمه أن يحلف لإثبات ملك غيره، فإن ادَّعى عليه هذا الطالب أنه أودعه إياها، أو رهنها عنده توجَّهت عليه اليمين؛ لينفي عنه نفسه غرامة قيمتها الواجبة عليه بإقراره بها لغيره، قال: ومن الناس من ذهب إلى أنه إذا نكل وحلف المدعي؛ أخذ المدعى فيه حتى يقدم الغائب فيخاصمه، ورأى أن هذا صيانة لقاعدة الشرع؛ لأنا لو صرفنا المدعي عن أخذ الثوب وعن تحليف المدعى عليه، لكان كل أحد يمكنه أن يصرف خصمه بإضافة المدعى فيه لغائب فتفسد قاعدة الشرع، لا سيما إذا قلنا: إن النكول مع يمين المدعي كالشهادة على هذا القول، وهو أن القاضي يحكم للمدعي بأخذ ما ادَّعاه ويمين المقر، فهل يكون ذلك حكمًا على الغائب المقر له يستوفي له حُجَّته كما تقدم في الحكم على الغائب، أو يكون حكمًا على الحاضر فلا يفتقر إلى ذلك؛ لأن الغائب لم يتحقق ملكه لجوازه أن يقدم فيرد الإقرار؟

المازري: والأوْلَى عِنْدي أن يستظهر باليمين الواجبة في القضاء على الغائب، ولو أقام المدعي بينة أن الدار مثلا له ولم يكن للمدعى عليه حُجَّة، فإنها تسلم إليه ويبقى الغائب على حقه إذا قدم، ولو أراد من بيده الدار أن يقيم بينة بملك الغائب يعارض بها بينة المدعي ولم يثبت له وكالة تبيح المدافعة؛ ففي تمكينه من ذلك للعلماء خلاف، فإن زعم المدعى عليه أن هذه الدار رهن في يديه؛ فالتحقيق يقتضي أن يمكن من إقامة البينة التي للغائب حينئذٍ[1].

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٠٧، والذخيرة:١١/٣٢.

وقوله: (فإنْ نَكَل) أي: المقر عن اليمين؛ أخذ المدعي المدعى فيه بغير يمين إذا جاء المقر له وصدق المقر أخذه المقر له، وهو الذي تقدم لابن سحنون في مسألة الدار، فأما إن حضر وكذب الإقرار سقط حقه ويبقى النظر هل يستحقه بيت مال المسلمين ويكون كمالٍ لا مالك له.

المازري: وهو ظاهر الروايات عندنا، أو يُقال يسلم لمدعيه لكونه لا منازع له، وبيت المال حتى يدافع الإمام عنه كما قيل: فيما أخذه السلابة فأخذ منهم فإنه يقضى به لمدعيه بعد الاستيناء والإياس مِمَّن طلبه، والتحليف على ذلك كما أشار إليه بعض العلماء في هذه المسألة، وأشار بعضهم إلى أن الإمام يضرب عن ذلك صفحًا ويبقى الثوب بيد مَنْ هو بيده[1].

(ص): (**النُّكُولُ: وَيَجْرِي فِيمَا يَجْرِي فِيهِ الشَّاهدُ وَاليَمِينُ**)

(**ش**): أي: نكول المدعى عليه عن اليمين المتوجهة عليه أولا لأجل نكول يعني: يدخل نكول المدعى عليه اليمين لنكول المدعي وغير ذلك من أنواع النكول لقوله:

(ص): (**وَلا يَثْبُتُ الْحَقُّ بمُجَرَّدِهِ، بَلْ بِيَمِينِ الْمُدَّعِي**)

المازري: أشار أصحابنا إلى إجماع الصحابة على ذلك، وروى الدارقطني: أَنَّه عليه الصَّلاة والسَّلام رد اليمين على طالب الحق، إلا أن في إسناده إسحاق بن الفرات وهو ضعيف، ويقيد كلام المصنف بما عَدَا يمين التهمة، فإن الحقَّ يثبت فيها بمجرد النكول على المشهور، وصرَّح به ابن رشد.

(ص): (**وَيَتِمُّ بقَوْلِهِ: لا أَحْلِفُ وَشَبْهِهَا، وَيَتَمَادَى عَلَى الامْتِنَاعِ**)

(**ش**): شِبْهُ (لا أَحْلِفُ) (أَنَّا ناكل) ويقول للمدعي: احلف أنت، ويتم أيضًا بتمادي المدعى عليه على الامتناع من الجواب، وهَكَذَا قال ابن شاس زاد: ويحكم عليه بغير يمين، وهو يأتي على أحد الأقوال المتقدمة، وسئل ابن عتاب عَمَّن وجبت عليه يمين، فردها على الطالب بحضرته، فسكت الذي ردت عليه حينئذٍ، ومضى زمان ثم أراد أن يحلف، فقال له الراد: لا أريد أن أحلفك لأنِّي مكنتك من اليمين حينئذٍ ولم تحلف وأنا أحلف، فقال: يحلف من ردت عليه اليمين طال الزمان أم قصر، وهو قول مالك وأصحابه.

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٠٨، والذخيرة:١١/٣٣.

(ص): (ويَنْبَغي للإمَامِ بَيَانُ حُكْمِ النُّكُولِ)

(ش): يعني: يُقال للمدعى عليه إذا توجَّهت عليه اليمين: إن نكلت عن اليمين حلف المدعي واستحق ما ادَّعاه، وظاهر قوله وقول ابن شاس: (يَنْبَغِي) أَنَّه مُسْتحب، ووقع لمالك في "كتاب ابن سحنون " الأمر بذلك، فقال: وإذا جهل المطلوب فليذكره له القاضي[1].

(ص): (وَإِذَا تَمَّ نُكُولُهُ، فَقَالَ: أَنَا أَحْلِف لَمْ يُقْبَل)

(ش): أي: تَمَّ نكول المدعى عليه ثُمَّ بَدَا له، فقال: أنا أحلف، لم يمكن من ذلك، رواه عيسى عن ابن القاسم؛ لأنه تعلق لخصمه حق بنكوله، فلا يمكن من إبطال ما تعلق به، ومثاله ما في "الْمُدَوَّنَة" فيمن قام له شاهد بحق فرد اليمين على المدعى عليه أَنَّه لا رجوع له في ذلك.

أبو عمران: وهو متفق عليه، قال: وَأمَّا المدعى عليه يلزم اليمين ثُمَّ أراد الرجوع عنه إلى إحلاف المدعي فذلك له؛ لأنَّ التزامه لا يكون أشد من التزام الله سبحانه وتعالى، قال: وقد خالفه في ذلك ابن الكاتب ورأى أن ذلك يلزمه وليس له رد اليمين، والصواب ما قدَّمْناه.

(ص): (فَإِنْ نَكَلَ المُدَّعِي كَانَ كَيَمِينِ الْمَطْلُوبِ)

(ش): أي: إن نكل المدعي عن اليمين التي رَدَّها المطلوب عليه، فإن نكول المدعي كيمين المدعى عليه في سقوط الحق عنه.

(ص): (وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى أَنَّهُ قَضَاهُ، ثُمَّ نَكَلَ بَعْد نُكُولِهِ لَزِمَهُ)

(ش): يعني: ومثل ما قلناه في نكول المدعي بعد ردِّ اليمين عليه أن يدَّعي المطلوب بالذي قضاه، وينكل الطالب بتوجه اليمين على الطالب؛ لأن المطلوب مدَّعٍ، فإن حلف الطالب استحق، وإن نكل انقلبت على المطلوب، فإن حلف سقط عنه الحق، وإن نكل غرم الحق للطالب.

فقوله: (ادَّعى أَنَّهُ) الضميران عائدان على المطلوب، وقوله: (قَضَاهُ) عائد على المطلوب أو الطالب. وقوله: (ثُمَّ نَكَلَ) أي: المطلوب (بَعْدَ نُكُولِهِ) أي: الطالب (لَزِمَهُ) أي: الغرم.

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٠٩، والذخيرة:١١/٣٤.

(ص): (**وَالْمُسْتَمْهِلُ لِحِسَابٍ ونَحْوِه أُمْهِلَ اليَوْمَيْنِ وَالثَّلاثَة بِكَفِيلٍ بِوَجْهِهِ، وَقِيْلَ: مَا يَرَى الْحَاكِمُ...**)

(ش): إذا طلب المطلوب من القاضي أن يمهله؛ ليتحقق ما يجيب به من إقرار أو إنكار، فقال ابن شعبان: يمهل اليومين والثلاثة لا أكثر. ابن شعبان: ويحكم عليه بإقامة زعيم بوجهه، ولا يبعد أن يكون هذا الكفيل؛ لأن المطلوب الآن شارك في وجوب الكل عليه، وفي المذهب إذا شك المطلوب: هل يقضى عليه دون يمين يلزم الطالب، أو لا بُدَّ من يمينه؟ وعلى التقديرين فالحق قد توجَّه على المطلوب، أو هو في معنى المتوجه.

وقوله: (وَقِيْلَ: مَا يَرَى الْحَاكِمُ) من الاستمهال، وهذا لابن عبد الحكم وهو الظاهر[1].

(ص): (**الدَّعْوَى ثَلاثَةٌ: مُشْبِهَةٌ عُرْفًا: كالدَّعَاوِي عَلَى الصُّنَّاعِ، والْمُنْتَصِبِينَ للتِّجَارَةِ فِي الأَسْوَاقِ، وَالوَدَائِعِ عَلَى أَهْلِهَا، وَالْمُسَافِرِ فِي الرُّفْقَةِ، وَالْمُدَّعِي لِسِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا فَلا يَحْتَاجُ إِلى إِثْبَاتِ خُلْطَةٍ...**)

(ش): يعني: أَنَّ الدعوى متنوعة على ثلاثة: لائقة بالمدعي بالمدعى عليه وهو مراده بالمشبهة، وبعيدة لا تشبه حال كل واحد منهما، ومتوسطة.

وتتوجه اليمين في المشبهة دون إثبات خلطة، ولما كان الأصل عندنا عدم توجه الدعوى إلا بالخلطة كانت المشبهة خارجة للأصل، فَمِنَ الأصحاب مَنْ ضَبط المشبهة بِضَابط كلي، ومنهم مَنْ عدَّد المسائل، وارتكب المصنف الطريق الأولى؛ لأنها الأحسن؛ إذ فيه إعطاء الحكم بسببه وإلى هذا ذهب عبد الوهاب، فإنه قال: إذا كانت الدعوى تشبه أن يدعى بها على مثل المدعى عليه، وقال بعضهم: أن يشبه أن يعامل المدعي المدعى عليه به.

المازري: وهما متقاربان، أحدهما راعي الشبهة من جنس المدعى فيه، والآخر راعاها من جهة المدعي والمدعى عليه، وذكر المصنف لهذه المسألة خمس صور:

الأولى: الدعاوى على الصناع.

ونص عليه يحيى بن عمر، فقال: والصناع يتوجَّه عليهم الدعوى لمن ادَّعى عليهم

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٠، والذخيرة:١١/٣٥.

في صناعتهم دون إثبات خلطة؛ لأنهم نصبوا أنفسهم للناس[١].

الثانية: الدعوى على التجار.

وهذا ألزمه الباجي وغيره ليحيى بن عمر، وكلامه السابق، أعني: إذا ادَّعى عليهم غريب أَوْ بَدَوي وكانوا قد نصبوا أنفسهم للبيع والشراء، وأَمَّا دعوى أهل السوق بعضهم على بعض، فقال المغيرة وسحنون: لا تكون الخلطة حَتَّى يقع البيع بينهما. سحنون: وكذلك القوم يجتمعون في المسجد للصلاة والدرس والحديث، فلا يثبت بينهم خلطة في ذلك.

الثالثة: دَعْوَى الودائع على أهلها.

ونعني بالأهل أن يكون المدعى عليه الوديعة مِمَّن يودع مثله لها، وقيَّده أصبغ وغيره بأن يكون المودع غريبًا، وقيد اللخمي المسألة بثلاثة قيود:

أولها: أن يكون المدعي يتملك مثل ذلك في جنسه وقدره، وأن يكون المودَع مِمَّن يودع مثل ذلك، وَأَنْ يكون هناك ما يوجب الإيداع، وفسر ابن عبد السلام قول المصنف: (على أهلها) بذلك؛ لأن فسَّر الأهل بأن يكون المودِع والمودَع معًا مِمَّن يليق بهما ما ذكر.

الرابعة: المسافر يدَّعي أنه دفع مالا لبعض الرفقة[٢].

نص أصبغ عليها، ووجهها: أن المسافر قد يخاف في سفره لأمر فيحتاج إلى إيداع غيره.

(ص): (**الْخَامِسَةُ: المُدَّعي سِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا**)

(ش): يعني: وَإِنَّما يحتاج إلى الخلطة فيما هو في الذمم، وهذا القول لابن شاس وغير واحد من القرويين، واستدلوا بمسائل "الْمُدَوَّنَة" بقوله في (كتاب الشفعة): إذا أنكر المشتري الشراء وادعاه البائع أنهما يتحالفان، وفي السرقة إذا ادَّعى السارق شراء المسروق، قال: يحلف ربه[٣].

وفي القذف: إذا ادَّعى شراء الأمة التي شهد عليه بوطئها من ربها، قال: يحلف السيد، ولم يذكر في ذلك خلطة، ورده المازري: بأن المقصود بيان ما يتعلق به الحكم

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١١، والذخيرة:١١/٣٦.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٢، والذخيرة:١١/٣٧.

(٣) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٣، والذخيرة:١١/٣٨.

من ذلك المحل، ولا يلزم الفقيه تفصيل كل ما يستند إليه الحكم؛ لأنه قد يكتفي بتفصيل ذلك في موضعه، وقال بعض الأشياخ: لا تتعلق اليمين في بياعات المعينات إلا بإثبات الخلطة؛ لأن التعليل بحسم تعرض السلعة للأفاضل يقتضي ذلك، وذكر ابن يونس قولا آخر عن بعض مشايخه أن اليمين لا تجب إلا بالخلطة في الأشياء المعينة وغيرها، إلا في مثل أن تعرض للرجل في سلعة في السوق للبيع فيأتي رجل فيقول: قد بعتها مني، فمثل هذا تجب له يمينه بغير خلطة عرضها لما ادَّعى عليه فيه، وزاد أصبغ مسألة سادسة وهي المتهم بالسرقة، وسابعة وهي دعوى الرجل عند موته أن له عند فلان كذا، وزيد أيضًا: إذا باع المأذون متاعًا، واقتضى الثمن هو وسيده فادَّعى المبتاعون أنهم دفعوا إلى السيد بعض الثمن، وقال مالك: عليه اليمين، ولعلَّ المصنف لم ينص على هذه المسائل؛ لأنه رأى أن ما ذكره يتناولها.

(ص): **(وَغَيْرُ مُشْبهَةٍ عُرْفًا: كَدَعْوى دَارٍ بِيَدِ حَائِزٍ يَتَصرَّفُ بالهَدْمِ والعِمَارَةِ مُدَّةً طَويلةً وَالْمُدَّعي شَاهِدٌ سَاكِتٌ، وَلا مَانِعَ مِنْ خَوْفٍ وَلا قَرَابَةٍ وَلا مُصَاهَرَةٍ وَشِبْهِهِ فَغَيْرُ مَسْمُوعَةٍ...)**

(ش): إنما لم تكن مشبهة عُرفًا؛ لأن العُرف يكذب مدَّعيها، واقتصر المصنف على المتفق عليه من مسائل الحيازة وترك ما عداه، والكلام فيه متسع؛ إذ هنا ثلاثة أركان:

أولها: المحوزات، وهي ثلاثة أنواع: عقار، وعروض، وحيوان[1].

ثانيها: الحائز، وهو أيضًا ثلاثة أنواع: أجانب شركاء، وأجانب غير شركاء، ومن له حُرمة من قرابة أو صِهر وولاء أعلى أو أسفل.

ثالثها: صفة الحوز، وهي أيضا ثلاثة أنواع، وهو إمَّا أن يؤثر تغييرًا في العين؛ كالهدم، والبنيان، والغرص، وإما أن يؤثر تغييرًا في الملك؛ كالبيع والعتق، والتدبير، والهبة، والصدقة ونحوها، وإما أن يؤثر في ملك المنافع؛ كالاغتلال، وسكنى الدار، وحرث الأرضين، وركوب الدابة، ولباس الثياب، وتكلم المصنف على الدار، فقال: (كَدَعْوَى دَارٍ... إلخ).

وقوله: (بيد حَائزٍ) يعم الشريك وغيره، ولا يريد القريب؛ لأنه سيذكر القرابة في الموانع والحكم في الشريك وغيره مختلف؛ لأن الشركاء لا حيازة بينهم في العشرة

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٤، والذخيرة:١١/٣٩.

الأعوام إذا لم يكن هدم ولا بناء، ويكون في العشرة مع الهدم والبناء، ولا يختلف فيه قول ابن القاسم، وقيل: يختلف، وأما غير الشركاء ففي "البيان " في باب (الاستحقاق): المشهور أن الحيازة تكون بينهم في عشرة أعوام وإن لم يكن هدم ولا بنيان(١).

وروي عن ابن القاسم: لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبنيان، ووقع في "الواضحة" أن الثمانية الأعوام في حكم العشرة في هذا، ولا خِلاف في الحيازة بينهم مع الهدم والبنيان.

ثُمَّ تكلم على صفة الحوز بقوله: (يَتَصَرَّفُ بالْهَدْمِ والعِمَارَةِ)، وهو مقيد بما إذا لم يهدم ما يخشى سقوطه، فإن ذلك لا ينقل الملك، قيل: وكذلك الإصلاح اليسير؛ لأن رب الدار يأمر المكتري به، وسكت المصنف عن نوعين:

أحدهما: أعلى وهو ما يؤثر في تغيير الملك، فإنه لا يحتاج إلى مُدَّة طويلة كإتلاف الشيء، وكوطء الأمة ونحوه، فإنه إذا علم المدعي بذلك ولم ينكر بحدثان وقوع، فإنه تبطل دَعْوَاه لما جبلت عليه طِبَاع البشر بأنهم لا يسكتون عن الإنكار على متلف أموالهم.

والنوع الثاني: ما يؤثر في ملك المنافع بالاغتلال، وقد تقدَّم الآن حكمه في الشريك وغيره.

وقوله: (والمدَّعي شَاهِدٌ سَاكِتٌ) احترازًا من الغائب، فإن له القيام وإن طال، ولا إشْكَال في بعد الغيبة كالسبعة الأيام، وأَمَّا إنْ كانت قريبة كأربعة أيام ونحوها وثبت عذره - من عجز ونحوه - عن القدوم أو التوكيل، وعلم بذلك فلا حُجَّة عليه، وإن أشكل أمره، فظاهر المذهب أنه على قولين:

الأول: قال ابن القاسم: لا يسقط حقه؛ لأنه قد يضعف عن القدوم، فقيل له: فإن لم يتبين له عجزه عن ذلك، فقال: قد يكون معذورًا مِمَّن لا يتبين عذره، وذكر ابن حبيب أنه يسقط حقه إذا كان على مسافة قريبة إلا أن يثبت عذره(٢).

واحترز بقوله: (سَاكِتٌ) مِمَّا لو تكلم، واشترط في الحاضر أَنْ يعلم أنها ملكه، قال في "الوثائق المجموعة": وإذا كان وارثا وادَّعى أنه لم يعلم قضى له.

قوله: (وَلا مانِعَ) قيد في السكوت، ثم فسر المانع بوجوه:

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٥، والذخيرة:١١/٤٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٦، والذخيرة:١١/٤١.

الأول: الخوف؛ أي: خوف المدعي ممن هي بيده؛ لكونه ذا سلطان.

والثاني: القرابة، وأطلق فيها فإن كان الابن مع أبيه أو العكس، ففي "البيان": لا خلاف أن الحيازة لا تكون بينهما بالسكنى والازدراع، ولا خلاف أَنَّها تكون بالتفويت من الهبة، والصدقة، والعتق، والتدبير، والكتابة، والوطء، واختلف فيه الهدم والبنيان والغرس، والمشهور: أنها لا تكون حوزًا أقام أحدهما على الآخر في حياته أو بعد موته، قال: يريد - والله أعلم- إلا أن يطول الأمر جدًّا إلى ما تهلك فيه البينة وينقطع فيه العلم، والشاذ أنه يجوز عليه بذلك؛ قام عليه في حياته أو على سائر ورثته بعد وفاته، وهو قول ابن دينار ومطرف[1].

وأَمَّا حيازة الأقارب الشركاء بالميراث وغيره، فلا تكون بالسكنى والازدراع اتِّفَاقًا إلا على ما تأَوَّله بعضهم. وقوله في "الْمُدَوَّنَة": أرأيت لو أن دارًا بيدي ورثتها عن أبي، فأقام ابن عمي البينة أنها دار جدي وطلب مورثه، فقال: هذا من وجه الحيازة التي أخبرتك؛ لأنه لم يفرق فيها بين الأقارب والأجنبيين وهو بعيد.

خليل: نقل في "النوادر " عن مطرف أنه قال: لا حيازة بين الورثة والشركاء فيما يزدرع أو يسكن بغير عمارة طال الزمان أو قصر في بعض ذلك كله حضروا أو غابوا إلا أن يطول الزمان جدًّا الخمسين سنة أو أكثر، ثم قال ابن رشد: وتكون بالتفويت بالبيع، والهبة، والصدقة، والعتق، والكتابة، والوطء، وإن لم تطل المدة، واختلف قول ابن القاسم في الحيازة بين هؤلاء بالهدم والبنيان، فمرة قال: العشر سنين في ذلك حيازة، ومرة قال: إنها لا تكون حيازة إلا أن يطول الأمد أربعين سنة[2].

ابن رشد: ولا فرق في حيازة الوارث على وارثه بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض، وإنما يفترق ذلك في الأجنبي، فقال أصبغ: السنة والسنتان في الدواب حيازة إذا كانت تركب، وفي الإماء إذا كُنَّ يستخدمن، وفي العبيد والعروض فوق ذلك، ولا يبلغ شيء من ذلك بين الأجنبيين عشرة أعوام كما في الأصول.

أصبغ: وما أحدث الأجنبي فيما عدا الأصول من بيع أو عتق أو تدبير أو كتابة أو صدقة أو وطء، فلم ينكر ذلك حتى يبلغه استحقه الحائز، وأما القرابة غير الشركاء والموالي والأصهار الشركاء، فاختلف إذا حصل الحوز بالهدم والبناء على ثلاثة أقوال:

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٧، والذخيرة:١١/٤٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٨، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٦.

الأول: أنهم كالأجانب. والثاني: أن ذلك ليس حيازة، يريد إلا أن يطول. الثالث: الفرق ولم يبينه هنا، لكن ذكره أول كلامه؛ وهو أنه لا يكون حيازة في الأقارب ويكون حيازة في المصاهر، وسكت في هذا القسم عن الحيازة بالسكنى والازدراع، ولعله عنده ليس حيازة.

وأَمَّا الموالي والأصهار غير الشركاء، فاختلف فيها على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الحيازة لا تكون بينهم في الشعرة أعوام بالسكنى والازدراع.

الثاني: أنه لا تكون الحيازة بينهم في العشرة الأعوام إلا مع الهدم والبناء. والثالث: أنه لا تكون الحيازة بينهم بالهدم والبنيان إلا أن يطول الزمان جدًّا.

وقوله: (وَشِبْهِهِ) أي: الموالي كما ذكرنا.

وقوله: (فَغَيْرُ مَسْمُوعَةٍ) ظاهره: ولا يمين عليه، وهو ظاهر ما نقله ابن يونس، وإذا أقام سنين ثم أقام البيّنَة أن ذلك له صار مدعيًا لغير العُرف لا يقبل قوله ولا ينظر إلى بينته، والقول قول الحائز أنه صار إليه ذلك ببيع أو هبة أو صدقة، واختلف في الهبة والصدقة، الصواب لا فرق، ولكن صرَّح ابن رشد بأنه لا بُدَّ من اليمين[1].

فرع:

وهل يطالب الحائز ببيان وجه ملكه، قال ابن أبي زمنين: لا يطالب به. وقال غيره: يطالب. وقال: إنْ لَمْ يثبت أصل الملك للمدعي لم تسمع دعواه، ولا يسأل الحائز عن أصل ملكه، وَإِنْ ثبت الأصل للمدعي ببينة أو بإقرار الحائز سئل عن سبب ذلك، وقال ابن عتاب وابن العطَّار: لا يطالب إلا أن يكون الحائز مَعْروفًا بالغصب والاستطالة والقدرة على ذلك.

(ص): **(وَلا تُسْمَعُ البَيِّنَةُ إِلا بإِسكَانٍ، أَوْ إِعْمَارٍ، أَوْ مُسَاقَاةٍ وَشِبْهِهِ)**

(ش): لا تسمع بينة المدعي على الحائز، إلا أن تشهد البينة للمدعي بأنه أسكن الحائز أو أعمره أو ساقاه أو زارعه وشبه ذلك، فإذا أقام البينة على ذلك حلف على رَدِّ دعوى الحائز وقضي له، هذا إن ادَّعى الحائز أن المالك إِنَّما باعه أو نحو ذلك، وأما إن لم يدع نقل الملك وإِنَّمَا تمسك بمجرد الحيازة؛ فلا يحتاج إلى يمين.

(ص): **(وَالعُرْفُ مُعْتَبَرٌ في مِثْلَه؛ كالنَّقْدِ، والحَمُولَةِ، والسَّيْرِ، والأَبْنِيَةِ، ومَعَاقدِ**

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٣١٩/١١، وحاشية الصاوي: ٣٣٧/٩.

القُمُطِ، وَوَضْعِ الْجُذُوعِ...)

(ش): هذا الاستدلال بالقياس على أن القول قول الحائز بشهادة العُرف له كما اعتبرت هذه الشهادة في النقد إذا اختلفا في النقد، فإن القول قول مَنْ ادَّعى عُرف البلد، وكذلك الحمولة في الدابة إذا اختلف في قدرها أو صفتها، وكذلك الأبنية، وكلامه ظاهر.

(ص): **(والمُدَّةُ الطَّوِيلَةُ، قِيْلَ: مَا يُعَدُّ طُولا فِي مِثْلِهِ. وَقِيلَ: عَشْرٌ، وَقِيْلَ: سَبْعٌ)**

(ش): الأول ظاهر المذهب، ابن القاسم في "**الْمُدَوَّنَة**": وَلَمْ يحدَّ لِي مالك في الحيازة والرباع عشر سنين ولا غير ذلك، وهو مُقْتَضَى النظر؛ لأنَّ الرجوع في هذا إلى ما دارت عليه العوائد، والقول بالعشر لربيعة في "**الْمُدَوَّنَة**"، وبه أخذ ابن القاسم، وابن وهب، وابن عبد الحكم، وأصبغ، ودليله: ما رواه أبو داود في "مراسيله " عن زيد بن أسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال: "**مَنِ احْتَازَ شَيْئًا عَشْرَ سِنِينَ فَهُوَ لَهُ**"[١].

ذكر في "**الْمُدَوَّنَة**" من رواية ابن المسيب أيضًا، ولابن القاسم في "**الْمَوَّازِيَّة**": والسبع والثماني وما قارب العشرة مثل العشرة، وهو التحديد في حقِّ الأجانب في العقار، وقد تقدم الكلام على الأقارب والعروض والحيوان.

ابن عبد السلام: وقيل في السكنى بمجردها لا تكون دالة وإن طال السكوت فيها. وقيل: أيضًا في الحيازة بين الشركاء ومن ألحق بهم: لا تكون دالة إلا إذا كان كالخمسين سنة ونحوها، وذكر مطرف في الشركاء أَنَّ مَنْ حاز منهم مقدار سهمه أو أكثر فإنه يدل ذلك على الملك، ولو زعم بعد ذلك أن حقه فيما بَقِي على الشياع لم يقبل منه، وَإِنْ ادَّعى ما حازه صار إليه وحده عن معاوضه، ولم أقف على القول الثاني في كلام المصنف[٢].

(ص): **(وَمُتَوسطَةٌ: كَدَعْوَى دَيْن فيُسْمَعُ ويُمَكَّنُ من البَيِّنَةِ ولا يَسْتَحْلِفُ إلا بإِثْبَاتِ خُلْطَةٍ، وَعَلَيْهِ عَمَلُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ والفُقَهاء السَّبْعَةِ...)**

(ش): هذا هو النوع الثالث من أنواع الدعاوى، واحترز بالدين من دعوى المعينات؛ فإنها لا تحتاج إلى خلطة كما تقدَّم، ومعنى كلامه: أن هذه الدعوى تسمع ويمكن من إقامة البينة، فإن لم تقم للمدعي بينة على صِحَّة دَعْوَاه وطلب يمين المدعى

---

(١) أخرجه أبو داود في مراسيله، رقم (٣٦٩) ١/٤٤٤.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٠، وحاشية الصاوي: ٣٣٨/٩.

عليه؛ فلا يمكن من ذلك، إلا أن يثبت المدعي خلطة بينه وبين المدعى عليه، وهذا هو المعروف من المذهب، وقال ابن نافع باستحلافه من غير خلطة كمذهب أبي حنيفة والشافعي، ثُمَّ استدل المصنف على ما قاله بإجماع أهل المدينة، وعطف عليه المصنف الفقهاء السبعة من عطف الخاص على العام، وقد نقل أيضًا في "الموطأ " على ما ذكره المصنف بـ (العمل) واستدل من قال بقول ابن نافع بالحديث الصحيح، وهو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ"[1]. وخصَّه أصحابنا بالقياس لما يلزم عليه من التعرض لأداء أهل الفضل، ولما رواه سحنون عن نافع، عن حسن بن عبد الله، عن أبيه، عن جده، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّه قال: "الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ" إِذَا كَانَتْ بَيْنهما خلطة، وهذا نص في تصحيح المذهب، وزيادة العدول مقبولة لرجحانه بعمل المدينة[2].

فرع:

وما هي الخلطة؟ قال ابن القاسم في رواية أصبغ عنه، وغيره: الخلطة أن يبايع إنسان إنسانًا بالدين مرَّة، أو يُبايعه بالنَّقْدِ مِرَارًا، وبه قال أصبغ، وقال سحنون: لا تكون الخلطة إلا بالبيع والشراء.

الباجي: فخالف ابن القاسم في المسالفة. وقال الأبهري: الخلطة أن يثبت الدعوى، أن يدعي بمثلها على المدعى عليه، وقال ابن القصَّار: ينظر إلى التداعي؛ فإن كان للمدعى عليه بينة أن يعامل المدعي أحلف، وهل كل من أثبت خلطة وإن كانت سلفًا، أو لا تكون خلطة حتى يكون مبايعة؟ وتعلقوا بقول ابن القاسم لما سئل عن الخلطة أهي مسالفة أم مبايعة مرارًا، أو يقول بقول سحنون: لا تكون الخلطة إلا بالمبايعة.

المازري: ومنهم مَنْ أشار إلى إنكار الخلاف في هذا ورأى أن معنى قول ابن القاسم سالفه يحتمل أن يريد به السلف الذي بِمَعْنى السلم لا الذي بمعنى القرض، والأظهر أن المداينة تثبت بها الخلطة على أصل هؤلاء قرضًا كانت أو بيعًا. انتهى.

وفي سماع يحيى عن ابن القاسم فيمن يأتي قومًا فيذكر حقًّا كتبه على نفسه لرجل

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٢١/١١، وحاشية الصاوي: ٣٣٩/٩.

غائب فأشهد بِمَا فيه: لا أرى أن يكتب فيه؛ لأنِي أخاف أن يكتب الغائب ليستوجب ذلك مخالطة فيحلفه إن ادَّعى عليه بعض الشيوخ: فظاهره المرة الواحدة مخالطة، وقال غيره: إنها تفسير لرواية أصبغ المتقدمة، فيكون معناها أنها تضاف إلى معاملة قبلها. وقيل: رواية أصبغ في المعاملة المنتجزة فاشترط تكررها. وقال أصبغ: إنَّما الخلاف إذا بايعه بالنقد ولم يقع النقد. ففي شهادات "الْمُدَوَّنَة": ليست بخلطة. وفي "الْمَوَّازِيَّة": أنها خلطة.

(ص): (وَفِي اسْتِحْلافِ الْمُتَّهَمِ قَوْلانِ)

(ش): القول بثبوتها بشاهد وامرأة من غير يمين لابن كنانة، وقاله ابن القاسم من رواية عيسى، والقول بأنها لا تثبت إلا بشاهدين مع يمين لابن المواز، والأول أظهر؛ لأن القصد إنما هو اللطخ، واعلم أن المرأة لا تعتبر شهادتها بانفرادها إلا هنا على أحد القولين، واختلف على مَنْ فَسَّر المخالطة بالسلف والمبايعة إذا انقضت، هل يبقى حكمها أم لا؟ واختلف إذا أقام المدعي بينته فردها المدعى عليه بعداوة أو جرحة، هل تتوجَّه اليمين بهذه الدعوى أم لا؟ المازري: والمشهور الجرحة كالعدم.

(ص): (وَكُلُّ دَعْوَى لا تَثْبُتُ إلا بِشَاهِدَيْنِ، فَلا يَمِينَ بِمُجَرَّدِها وَلا تُرَدُّ؛ كَقَتْلِ العَمْدِ، والنِّكَاحِ، وَالطَّلاقِ، والنَّسَبِ، وَالوَلاءِ، والرَّجْعَةِ...)

(ش): إذ لا فائدة في توجه اليمين، فإن فائدتها إنَّما هي إذا نكل المدعى عليه يحلف المدعي ويستحق ذلك، ولا يمكن هنا؛ لأنه إنَّما يفيد اليمين في النكول في الأموال، وما في معناها مِمَّن يكون فيه الشاهد واليمين[١].

فرع:

توجهها، وإذا لم تتوجه لم ترد. قيل: ولو سكت عن قوله: (لا تُرَدُّ) ليستفيد من كلامه إلا أنَّها لا تتوجه، ولا يفهم من كلامه إذا وجهت مع شاهد فنكل عنها، فبين المصنف أنها لا ترد مُطْلَقًا، واختلف في توجه دعوى الجرح من غير بيانٍ لسبب، فقيل: يحلف المدعى عليه، وقيل: لا يحلف، وإن بين المدعي لذلك سببًا، فقيل: يحلف المدعى عليه. وقيل: يضرب، فَإِنْ أَبَى أَن يَحْلِفَ على القول بذلك، فقيل: يسجن، وقيل: إن طال سجنه أدب إلا أن يكون مبرزًا.

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٢، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٠.

المازري: وقاعدة المذهب أن كل دعوى لو أقرَّ بها المدعى عليه لانتفع المدعي بإقراره، فإنه إذا لم يقر وأنكر تعلقت به اليمين على الجملة، يخرج بذلك أصلا من قواعد الشرع كطلب المحكوم عليه القاضي باليمين أنه لم يشر عليه أو يطلب الشهود بأنهم لم يكذبوا في شهادتهم، فلا يختلف في سقوط هذه الدعوى، وأنه لا يلتفت إليها.

(ص): **(وَلَو اسْتَحْلَفَ وَلَهُ بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ يَعْلَمُهَا، فَقَال ابنُ القَاسِمِ: لا تُسْمَعُ، وَقَال أَشْهَبُ: تُسْمَعُ...)**

(ش): شرط في قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة" أن يكونَ تَارِكًا لبينته، ولم يثبت هذا الشرط في كلِّ الروايات، واختلف في معنى الترك، فقال عياض: عن أكثرهم أنه لا فرق في الترك بين التصريح والإعراض عنها، وقال آخرون: لا يكون تاركًا إلا بتصريحه بترك القيام بها[1].

وقول أشهب هو ظاهر قول عمر رضي الله عنه: (الْبَيِّنَةُ الْعَادِلَةُ خَيْرٌ مِنْ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ). ولهذا صَحَّحه ابن القاسم وغيره.

واحترز بقوله: (حَاضِرَةٌ) من الغائبة، يريد: إذا كانت الغيبة قريبة، قال في "الْمُدَوَّنَة": وإن كانت على مثل اليومين والثلاثة، لم يحلف إلا على إسقاطها، وفصل في موضع آخر منها: الجمعة في حد القرب.

واحترز بقوله: (يعْلَمُهَا) مِمَّا لم يعلم بها فإن له القيام[2].

سحنون: والقول قوله في نفي العلم مع يمنيه. قال في "النكت": ولو أحلف لم يرفعه إلى السلطان وله بينة بعيدة الغيبة، فله القيام ببينته إذا تقدمت؛ لأنه لو رفع الأمر إلى الحاكم لكان هذا الذي يفعل، وذلك بخلاف لو صالحه المطلوب على شيء لبعد غيبته؛ لأنه قَدْ رَضِيَ بِمَا أخذ فلا قيام له بالبيِّنة.

(ص): **(مُوجبَاتُ الْجِرَاحِ خَمْسَةٌ: الْقِصَاصُ، وَالدِّيَةُ، والكَفَّارَةُ، والتَّعْزِيرُ، وَالقِيمَةُ)**

(ش): الجيم من (مُوجبَاتُ الجراح) مفتوحة؛ أي: الأمور التي توجبها الجراح، والجراح - بالكسر-: جمع جراحة، فيقال: جرحه جرحًا، والاسم: الجرح بالضم، والجمع جروح، فلم يقولوا: أجراح، إلا ما جاء في الشعر، قاله الجوهري وصاحب " المحكم"، وجرحه يجرحه جرحًا إثر هذا بالسلاح، وعلى هذا فالجرح اللغوي يشمل

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٣، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤١.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٤، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٢.

القتل وما دونه، وعلى هذا مشى المصنف؛ لكونه جعل الكفارة من موجبات الجراح؛ وهي إنما تجب في النفس، لكن المتبادر إلى الاصطلاح من الجروح هو ما دون النفس؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ إلى قوله: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وحفظ النفس المجمع عليها في كل مِلة؛ وهي النفوس، والأديان، والعقول، والأعراض، والأموال، ومنهم من يذكر الأنساب عوض الأموال، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ﴾ [البقرة: ١٧٩] فقيل: الخطاب للورثة؛ لأنهم إذا اقتصوا فقد سلموا وحيوا بدفع شر هذا القاتل الذي صار عدوًّا لهم بالقتل. وقال بعضهم: الخطاب للقاتلين؛ أي: الجاني إذا اقتُصَّ منه فقد امتحى إثمه فيبقى حيًّا حياة معنوية، وعلى هذين القولين لا إضمار، وقيل: الخطاب للناس، والتقدير: ولكم في مشروعية القصاص حياة؛ لأن الشخص إذا علم أنه يقتص منه انكفَّ عن القتل، ويحتمل أَلا يكون في الآية على هذا تقدير، ويكون القصاص نفسه فيه الحياة، أَمَّا غير الجاني لانكفافه، وأَمَّا للجاني للسلامة من الإثم، وبالجملة فالدماء خطيرة القدر في الدين، وأدلة الشريعة من الكتاب والسُّنَّة مُتواتِرة على ذلك(١).

(ص): (**القِصَاصُ فِي النَّفْسِ وَالطَّرَف**)

(**ش**): لما ذكر أن موجبات الجراح خمسة، شرع في الكلام على الأول، فإن قيل: ثم قسم ثالثًا وهو الجراح، فالجواب: أن الطرف الناحية من النواحي، قاله الجوهري، فالجرح إن كان في الظهر أو في الوجه أو غير ذلك من الجراح، فهو طرف للجسم تلك الجهة.

(ص): (**وَلِلنَّفْسِ ثَلاثَةُ أَرْكَانٍ**)

(**ش**): فيه حذف مضافين؛ أي: لوجوب قصاص النفس، ثُمَّ أخذ يتكلم عليها، فقال:

(ص): (**القَتْلُ، وَشَرطُهُ: أَنْ يكونَ عَمْدًا مَحْضًا عُدْوانًا**)

(**ش**): أي الأول: القتل، وشرط فيه ثلاثة شروط، واحترز بالعمد من الخطأ وبالمحض من شبه العمد، والعدوان مِمَّا لو قتله بوجه شرعي، كقتله في حد أو قِصاص(٢).

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٥، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٣.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٦، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٤.

(ص): (وَهُوَ: القَصْدُ إِلى ما يَقْتِلُ مِثْلُهُ منْ مباشَرَةٍ أَوْ تَسَبُّبٍ)

(ش): ضمير عائد على العمد الموصوف بالمحض العدوان، ومراده أن يقصد الضارب إلى الضرب بما يقتل منه، قصد القتل أم لا، فـ (ما) من قوله: (إلى ما) موصولة أو نكرة موصوفة، ولا يصح أن تكون مصدرية؛ لأنه كان حينئذٍ يشترط أن يقصد القتل، وهو خلاف المشهور، على ما صرح به في "المقدمات"، فإنه قال: فإن قصد الضرب ولم يقصد القتل، فكان الضرب على وجه الغضب، فالمشهور عن مالك المعروف من قوله أن ذلك عمد، وفيه القصاص، إلا في الأب والأم، وهذا رد على من فَسَّر كلام المصنف بأن يقصد القتل، ولا يقال: الغالب أن المصنف تبع " الجواهر"، ويكون المصنف قصد ذكر الصورة المتفق عليها؛ لأن قوله: (مثله) يمنع أن تكون مصدرية، والله أعلم.

ويشكل ما ذكره المصنف بما ذكره في "الْمُدَوَّنَة" وغيرها، والقود باللطمة والقضيب وليس مما يقتل مثلها[1].

وقوله: (مِنْ مُبَاشَرَةٍ أَوْ تَسَبُّبٍ) يعني: إذا قصد إلى ما يقتل قتل، سواء كان ذلك مباشرة أو تسبب.

(ص): (فالمُبَاشَرَةُ؛ كَقَتْلِهِ بِمُحَدَّدٍ، أَوْ مُثَقَّلٍ، أَوْ عَصْرِ الأُنْثَيَيْنِ، وَخَنْقٍ، وَتَغْرِيقٍ، وَتْحِرِيقٍ، وَمَنْعِهِ مِنَ الطَّعَامِ وَالشَّرابِ، فَلَوْ لَطَمَهُ، أَوْ وَكَزَهُ، أَوْ رَمَاهُ بِحَجرٍ، أَوْ ضَرَبَهُ بِعَصًا مُتَعَمِّدًا عَلَى وَجْهِ القَتْلِ لا اللَّعِبِ فَمَاتَ عَاجِلا أَوْ مَغْمُورًا لَمْ يَتَكَلَّمْ؛ فَفِيهِ القَوَدُ...)

(ش): لا فرق في المحدد بين الحديد وغيره، كاللطمة والخشبة المحددة، صرح به الباجي، ولا خلاف في القود بالمحدد، وقصر الحنفي القصاص عليه وعلى النار، وعنه في مثقل الحديد روايتان، ودليلنا ما رواه البخاري عن أنس: "أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجَرَيْنِ، فَقِيلَ لَهَا: مَنْ فَعَلَ بِكِ هَذَا؟ فُلانٌ فُلانٌ؟ حتَّى ذكر يهوديًّا فَأَوْمَأَتْ بِرَأْسِهَا، فَأَخذ اليهودي فأقر، فَأَمَر النَّبِي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يُرَضَّ رَأْسُهُ بِالْحِجَارَةِ"[2]. وأجيب بأن قتل اليهودي إنما كان للحرابة، بدليل ما وقع في الروايات أنه قتلها على حلي لها، ورد بأن قتله لو كان للحرابة لم يأمر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(١) انظر: التاج والإكليل: ١١/٣٢٧، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٥.

(٢) أخرجه البخاري، برقم (٢٤١٣) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

بقتله على الهيئة الخاصة، فرضُّه بالحجارة يدل على قصد القصاص.

قوله: (فَلَوْ لَطَمَهُ) نحوه في "الْمُدَوَّنَة" وجعل اللخمي اللطمة والسوط والعصا والبندقية والوكز من شبه العمد، إلا أن يقوم دليل العمد لقوة الضربة من الرجل، التقدير: لمرض أو ضعف.

وقوله: (عَلَى وَجْهِ القَتْل) احترز بِمَا لو كان على وجه الأدب أو اللعب، فلا يكون فيها قود، وسيأتي الكلام على الأدب من كلام المصنف، وأما اللعب، ففي "المقدمات"، ففيها ثلاثة أقوال:

أولها: كمفهوم كلام المصنف أنه خطأ، وهو مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في "الْمُدَوَّنَة".

والثاني: فيه القود، وهو قول مطرف وابن الماجشون وروايتهما عن مالك، قال: وتأويل الثاني على ما إذا ضربه على وجه اللعب دون أن يلاعبه صاحبه، والأول ما إذا لاعبه صاحبه، فترجع القولان إلى قول، والأظهر من ذلك اختلاف من القول، ولا فرق بين أن يلاعبه صاحبه أم لا.

والثالث: أنه من شبه العمد، وفيه الدية مُغَلظة، وقد قيل: إن التفرقة بين أن يلاعبه صاحبه أو لا، وهو قول رابع. انتهى.

وقوله: (مَغْمُورًا لم يَتَكلَّمْ) بل صريحه أَنَّه مات مغمورًا لا قسامة في ذلك، وظاهر "الْمُدَوَّنَة" أن في ذلك القسامة، والله أعلم.

(ص): (**فَلَوْ مَاتَ بَعْدُ وَقَدْ تكَلَّم يَوْمًا أَوْ أَيَّامًا، فَالقَوَدُ بِقَسَامَةٍ، قَال: وَلَمْ يَأْكُلْ وَلَوْ ثَبَتَ حَيَاتُهُ...**)

(**ش**): هذا هو الذي احترز عنه (مَغْمُورًا) أي: لو تكلم بعد لطمه أو وكزه فلا يقتص إلا بقسامة تقسم؛ ولأنه لمن ضربه مات؛ لأنه لما تكلم احتمل أنه مات من سبب آخر، ولا يلتفت إلى أكله ولا إلى عدمه.

وقوله: (وَلَوْ ثَبَتَ حيَاتُهُ) أَوْ (جنايته) على اختلاف النسخ لأكبر فائدة، والله أعلم، وهذا كله ما لم ينفذ له مقتلا، فإنه حينئذٍ لا قسامة فيه ولو أكل، وإلى هذا أشار بقوله:

(ص): (**أَمَّا لَوْ أَنْفَذَ لَهُ مَقْتَلا لا قَسَامَةَ، وَلَوْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ وَعَاشَ أَيَّامًا، وَشَبَّهَهُ بِالشَّاةِ كَذَلِك تُذَكَّى فَلا تُؤكَلُ...**)

(**ش**): فاعل عائد على ابن القاسم؛ لأَنَّه لَمَّا سُئِلَ عن المسألة قال: لم أنبئ مالكًا

عليها، ولكن قال لِي مالك في الشاة التي يخرق السبع بطنها، فشق أمعاءها ونشرها: أنها لا تؤكل، وهذا ظاهر إذا قلنا: إن الذي أنفذ مقاتله هو الذي يقتل، ولو أجهز عليه آخر، وأَمَّا على قول مَنْ قال يقتل به الثاني، فيه نظر(١).

(ص): (وَلَوْ رَمَاهُ فِي نَهْرٍ عَلَى وَجْهِ الْقِتَالِ قُتِلَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِهِ وَلَمْ يَدْرِ أَنَّهُ لا يُحْسِنُ الْعَوْمَ؛ فالدِّية بِقَسَامَةٍ...)

(ش) ظاهر قوله: (عَلَى وَجْهِ الْقِتَالِ قُتِلَ بِهِ) أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الرَّامِي يُحْسِن العوم أم لا، ألا ترى أنه فصل إذا كان على وجه اللعب.

ابن عبد السلام: ويجري فيها إذا لَمْ يكن على وجه القتال ما فوق هذا في مسألة اللعب، وكلامه قريب مِمَّا في آخر ديات "الْمُدَوَّنَة"؛ أَنَّه قال فيها: وَإِنْ طرح رَجلا في نهر، ولا يدري أنه لا يُحسن العوم، فمات، فإن كان على وجه العَدَاوة والقتل قُتِل بِهِ، وَإِنْ كَان على غير ذلك؛ فعليه الدية ولا يُقْتَل به.

ابن يونس: يريد وتكون الدية على العاقلة، وما ذكره من وجوب الدية بقسامة لم أره، ولا وجه للقسامة هنا، وظاهر "الْمُدَوَّنَة": أن الدية دية الخطأ أَخْمَاسًا، وهو قول مالك وابن القاسم وأشهب، وقال ابن وهب: هي الدية الْمُغلظة، واختار اللخمي الأول إن كان على وجه المعتاد، والثاني إنْ خَرَجَا على المعتاد.

(ص): (وَكَذَلِكَ لَوْ جَرَحه أَوْ أَوْضَحَهُ أَوْ أَمَّهُ أَوْ قَطَعَ فَخِذَهُ)

(ش): أي: مثل مسألة النهر، فإن كان على وجه القتل قتل به، وإن كان على وجه اللعب فالدية، ويحتمل أن تكون الإشارة راجعة إلى اللطم وما ذكر معه، فيفرق بين أن يموت مَغْمُورًا أَوْ لا، واقتصر ابن راشد على الاحتمال الأول.

(ص): (وَالزَّوْجُ والمُؤَدِّبُ ونَحْوُهُ يُصِيبُ الصَّبِيَّ أَوْ غَيْرَهُ تَنْكيلا أَوْ غَيْرَهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْخطَأِ حَتَّى يَثْبُتَ العَمْدُ لِذَلِكَ. وَقِيْلَ: هُوَ شِبْهُ العَمْدِ، وَعَن مَالِكٍ: شِبْهُ العَمْدِ بَاطِلٌ، وَإِنَّما هُو عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ...)

(ش): يعني: أَنَّ مَنْ يجوز الضرب أو ما في معناه مِن معلِّم أو أب أو زوج وخاتن وطبيب؛ فَفِعْله محمول على الخطأ حتى يثبت العَمد، وظاهره أنه يصدق في دَعْوَاه الخطأ، وفي ذلك قولان حكاهما في "المقدمات"، قال: وعلى التصديق فهو يمين.

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٢/٩.

وَقوله: (وَقِيْلَ: هُوَ شِبْهُ العَمْدِ) هذه هي طريقة الباجي، وحكى الاتفاق على أنه لا قود له، وأَجْرَى صاحب " المقدمات " فيه الثلاثة الأقوال المتقدمة في اللعب.

قوله: (وعَنْ مَالِكٍ: شِبْهُ العَمْد بَاطِلٌ) هذه رواية ابن القاسم عن مالك في "الْمُدَوَّنَة"، لكن مالكًا لم ينكر ذلك مطلقًا كما هو ظاهر كلام المصنف، بل أَنْكَره فيما عَدَا الأب، وحكى العراقيون إثباته فيما عَدَا الأب أيضًا.

الباجي: ولا خلاف في ثبوت حق الأب.

اللخمي: وشبه العمد أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون القتل بغير آلة القتل، وبما لا يقصد إلى إتلاف النفس بمثله؛ كالسوط، والعصا، والبندقة، واللطمة، والوكزة.

والثاني: أن يكون بآلة القتل، لكن لا يتهم على قصد القتل كفعل المدلجي بولده.

والثالث: أن يكون مِمَّن أبيح له فعل مثل ذلك؛ كمعلِّم الثِّقَاف والطبيب.

والرابع: أن يكون على صفة يُراد بها القتل ويتقدمه بسياطه، يعلم أنه لم يكن المراد القتل، كالمتصارعين والمتلاعبين[1].

(ص): (والتَّسَبُّبُ؛ **كَحَفْرِ بِئْرٍ أَوْ سَرْبٍ، أَوْ وَضْعِ سَيْفٍ، أَوْ رَبْطِ دَابَّةٍ، أَوْ اتِّخَاذِ كَلْبٍ عَقُورٍ قَصْدًا للإِهْلاكِ، حَتَّى لَوْ حَفَر فِي دَارِهِ بئرًا لإِهْلاكِ لِص لَقُتِلَ بِهِ، وَلَوْ هَلَكَ بِهِ غَيْرُ الْمَقْصُودِ فالدِّيَةُ أَوْ القِيمَةُ**...)

(ش): لَمَّا انقضى كلامه على المباشرة أتبعه بالتسبب وذكر له أمثلة:

أولها: حفر بئر. زاد في "الجواهر": حيث لا يجوز له ولا بُدَّ من ذلك، فقد نص مالك على أنه لو حفر شيئًا مِمَّا يجوز في داره أو في طريق المسلمين مثل: بئر لمصر أو لمرحاض يحفر إلى جانب حائطه؛ أنه لا غرم عليه لما عطب في ذلك كله.

أشهب: وهذا إذا لم يضر ما حفره في الطريق.

السَرَب -بفتح السين والراء-: البيت في الأرض؛ يعني: إذا فعل هذه الأشياء قصدًا للإهلاك، فإن قصد إهلاك معين وهلك ذلك المعين؛ فالقصاص وإن هلك به غير المقصود ويشمل قوله: (غَيْرُ الْمَقْصُودِ) صورتين:

الأولى: أن يهلك غير المعين. والثانية: أَلا يقصد إهلاك معين فالدية والقيمة؛ أي:

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٣/٩.

فالدية في الحرِّ والقيمة في العبد وفي غير الآدميين، وهذه المسائل التي ذكرها المصنف وقعت مفرقة في المذهب.

ابن عبد السلام: وربما كان في بعض الروايات ما يوهم الخلاف، لكن ما ذكره المصنف هو التحقيق في معانيها.

مالك: ومن وضع سيفًا في طريق المسلمين، أو في موضع يرصد به قتل رجل، فعطب به ذلك الرجل، فإنه يقتل به. إن عطب به غير فديته على عاقلته(١).

مالك: وما فعله في طريق المسلمين مِمَّا لا يجوز له فعله من حفر بئر أو ربط دابة أو نحوه، فهو ضامن لما أصاب بذلك، إن كان دون ثلث الدية، وإن كان الثلث فعلى العاقلة، وإن صنع من ذلك ما يجوز له؛ كمن نزل عن دابته ودخل لحاجته وهي واقفة في الطريق فلا يضمن، وكذلك على باب الطريق أو باب الإمام أو في السوق، فلا يضمن شيئًا، وليس ذلك كمن اتَّخذ له مربطًا في طريق المسلمين.

قال البغداديون من أصحابنا: وكذلك إذا طرح قشور البطيخ في الطريق قصدًا للإهلاك أنه يضمن ما هلك، ووقع في بعض النسخ التشبيه على هذه المسألة، وكذلك لو جرد قصيلا أو عِيدانًا فجعله في بابه لتدخل في رِجل الداخل في حائطه من سارق أو غيره فإنه يضمن، وكذلك من جعل شَرَكًا يستضر به من يدخل، أو رش فناءه يريد أن يزلق مَنْ يمر به من السارق أو غيره؛ فهو ضامن.

قال في "المجموعة " عن مالك: وإن كان تبردًا أو تنظفًا فيزلق به أحد فيهلك فلا يضمن.

وفي "العتيبة " في الحافر زرعه لما تفسده مواشي الناس من زرعه بعد إذ أنذرهم، فيقع في ذلك الحفر بعض الدواب أنه لا ضمان عليهم، أنذرهم أم لا، وينبغي أن يتأول مسألة "العتبية" على ما إذا قصد حفظ زرعه، لا إتلاف الماشية، وإن قصد إتلافها فإنه يضمن كالسارق، واختلف المذهب في الكلب العقور والدابة الضوال ومن له حائط مائل، ففي "البيان " أربعة أقوال:

الأول: مذهب "الْمُدَوَّنَة"أنه يضمن بالتقدم إليه وإن لم يكن سلطان، وفي سماع عبد الملك أنه لا يضمن إلا أن يتقدم إليه في ذلك السلطان(٢).

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٦٤.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٦٥.

وقال أشهب: يضمن وإن لم يتقدم إليه ولا أشهد عليه. وقيل: لا يضمن بحال وإن تقدم، نقله أيضًا عن أشهب، قال: وهذا إنما هو إذا تخذه حيث يجوز له، وأَمَّا إن اتَّخذه في موضوع لا يجوز له، فلا خلاف أنه ضامن.

(ص): **(وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ لا لِقَصْدِ إِهْلاكٍ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يَجُوزُ لَهُ ضَمِنَ الدِّيَةَ أَوْ القِيْمَة، وَإِنْ كَانَ فِيمَا يَجوزُ لَهُ؛ فَإِنْ قَصَدَ ضَرَرًا وَلَوْ لسَارِقٍ ضَمِنَهُ وَغَيْرَه، وَإلا فَلا...)**

(ش): يعني: وَأَمَّا لَوْ فَعَلَ ما تقدم من حفر البئر ونحوها لا لقصد إهلاك، كأن كان في موضع لا يجوز له، وتصور كلامه ظاهر، إلا أن قوله: (فإن قَصد ضَرَرًا) كالمخالف لفرض المسألة؛ إذ فرضها أنه لم يقصد إهلاكا، والجواب: المراد بالضرر ما دون الإهلاك، والله أعلم.

(ص): **(وَكَالإِكْرَاه، وتَقْديمِ الطَّعَام المَسْمومِ، وَكَذَلِكَ لَوْ طَرَحَ عَلَيْهِ حَيَّةً يَعْرِفُ أَنَّهَا قَاتِلَةٌ، وَلا يُقْبَلُ قَوْلُهُ: لَمْ أُرِدْ قَتْلَهُ...)**

(ش): هو معطوف على قوله: (كَحَفْرٍ) أي: ومعناه أنه يجب القصاص على المكره لتسببه، ولذلك يقتص أيضًا من المكره لمباشرته، وسيصرح المصنف بذلك، وكذلك أيضًا يقتل مقدم الطعام المسموم إذا علم بذلك.

ابن عبد السلام: وقد اختلف الطرق هل قَتَل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اليهودية التي سَمَّمت له الشاة؟ ففي الصحيح من حديث أنس رضي الله عنه: أَنَّ امْرَأَةً يَهُودِيَّةً أَتَتْ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِشَاةٍ، فَأَكَلَ مِنْهَا، فَجِيءَ بِهَا إليه عليه الصَّلاة والسلام فَسَأَلَهَا عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَتْ: أَرَدْتُ لأَقْتُلَكَ، فَقَال: "مَا كَانَ اللهُ لِيُسَلِّطَكِ عَلَى ذَاكِ". فَقَال عَلِيٌّ: أَلا نَقْتُلُهَا، قَالَ: لا، قَالَ: فَمَا زِلْتُ أَعْرِفُهَا فِي لَهَوَاتِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"[١].

وذكره أبو داود من حديث أبي سلمة أَنَّه عليه الصَّلاة والسَّلام أمر باليهودية فقتلت، وبشر بن البراء كان مِمَّن أكل من تلك الشاة فمات (وَكَذلك لَوْ طَرَحَ عَلَيْهِ حَيَّةً يَعْرِفُ أَنَّهَا قَاتِلَةٌ) أي: فيقتص منه بذلك[٢].

خليل: ولو قال بالقصاص في الحية، وإن لم يعرف أنها قاتلة ما بعد.

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٦١٧) ومسلم برقم (٢١٩١) كلاهما من حديث أنس رضي الله عنه.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٦٦.

(ص): (وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِالسُّمِّ قُتِلَ)

(ش): وفي بعض النسخ (بِهِ) فيعود على الإقرار؛ لأنه لا يقتص بالسم، وإذا أقرَّ أَنَّه قتله بالسم فإنه يقتل، ولا يفيده رجوع لتعلق حق الآدمي، بخلاف ما لَوْ أَقرَّ بالسم فقط، فإنه يقبل رجوعه إذَا تاب، كَمَا لَو أَقرَّ شخص بالزَنْدَقة وادَّعى التوبة على أصح القولين.

(ص): (وَفِيمَنْ أَشَارَ بِالسَّيْفِ فَهَرَب فَطَلَبَهُ حَتَّى مَاتَ وَبَيْنَهُمَا عَدَاوَة أَرْبَعَةٌ: القِصَاصُ، والدِّيَةُ، وَالقَسَامَةُ، وَإِلْحَاقُهُ بِشِبْهِ العَمْدِ، فَلَوْ أَشَارَ بِالسَّيْفِ فَمَاتَ مِنْهُ فَخَطأٌ...)

(ش): يعني: أَنَّ فِيْمَنْ أشار على أحدٍ بسيف فهرب منه فتبعه حتى مات، وبينهما عداوة أربعة أقوال، ولم يذكر المصنف في فرض المسألة أنه سقط، والقول بالقصاص لابن المواز، ونصه: إن تمادى بالإشارة وهو يفر منه وطلبه حتى مات فعليه القصاص، قال: وإن مات مكانه من أول إشارة فالدية على عاقلته، والقول بالدية لابن ميسر، قال: لا قصاص في هذا، واستحسنه طائفة من القرويين، وقالوا: لا قصاص في هذا الأصل؛ يعني: المشير بالسيف، والجاري خلفه، قالوا: إذ لا يدرى هل مات من شدَّة الخوف أو مِنْ شِدَّة الجري أو بمجموعهما، قال: ولا يمكن إثبات القصاص إلا على نفي شبه العمد، وظاهر قول المصنف: (الدِّيَة) أَنَّهَا دية الخطأ، ورأى اللخمي فيه الدية المغلظة، قال: لأن أمره مشكل، والقول بالقصاص بقسامة؛ أي: يُقْسِمون لَمَات خَوْفًا منه لابن القاسم، وذكر ابن القاسم أنه سقط ومات.

ابن القاسم: ولو أشار عليه بالسيف سقط فمات وبينهما عداوة، وهذا من الخطأ. وقال ابن الماجشون فيمن طلب رجلا بالسيف عثر المطلوب فمات، فعليه القصاص، قال المغيرة وأصبغ وابن حبيب ولم يذكروا قسامة، وروي عن ابن القاسم أيضًا، ولم يجعل الباجي قول ابن القاسم خلافًا لقول محمد: لم يوجد شيء من فعله يحمل عليه، ورأى في الرابع التسبب والعداوة، لكن لم يتمحض عنده السبب، فألحقه بشبه العمد، وعلى قول الباجي فالمسائل ثلاث: الإشارة وحدها، والإشارة مع الهروب والطلب، والإشارة مع ذلك والسقطة، وعلى قول المصنف فليس إلا مسألتان، وكلام ابن شاس هنا أحسن من كلام المصنف؛ لأنه نقل الأقوال على ما وقعت عليه في الرواية، ولم يجعل في المسألة أربعة أقوال، ولا خلاف في مسألة الإشارة أن فيها الدية.

(ص): (وَكَالإِمْسَاكِ لِلْقَتْلِ، وَقِيْلَ: أَنَّه يُشْتَرَطُ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ لَوْلاهُ لَمْ يَقْدِرْ)

(ش): أي: فيقتل الممسِك لتسببه والمباشر أيضًا، ومفهومه أَنَّه لو أمسكه لا للقتل أنه لا يقتل، وهكذا في "الموطأ"، ففيه: قال مالك في الرجل يمسك الرجل فيضربه فيموت مكانه، وهو يرى أنه إِنَّما يريد الضرب بما يضرب به الناس؛ لا نرى أنه عمد لقتله، فإنه يقتل القاتل ويعاقب الممسِك أشد العقوبة، ويحبس سنة؛ لأَنَّه أَمْسكه، ولا يكون عليه، ونحوه في "المجموعة"[١].

ابن عبد السلام: وإذا تأملته وجدته كالمخالف للقول الأول من كلام المؤلف. قال ابن نافع: ويحبس بقدر ما يرى السلطان من دينه، ويستريب من أمره، وناحية صاحبه الذي حبسه له، وقال عيسى بن دينار، ويجلد مائة فقط.

ابن مزين: والقول ما قال ابن نافع. قال في "الْمُدَوَّنَة": ويستدل على حبسه للقتل بأن يرى القاتل يطلبه وبيده سيف أو رمح فقتله، فهذان يقتلان جميعًا. قال: وإن حبسه ولم يرَ مَعَه سيفًا ولا رُمْحًا مشهورًا فأتاه فقتله؛ فلا قتل على الحابس وإن كان من ناحيته؛ لأنه يقول: ظننته أنه يريد غير القتل[٢].

وقوله: (يُشْتَرطُ... إلخ). وهذا القول لأبي عبد الله بن هرمز البصري من أصحابنا.

(ص): (**فَلَوْ اشْتَرَكَ الْمُبَاشِرُونَ والمُسَبِّبُون قُتِلُوا جَمِيعًا**)

(ش): كَمَا لَوْ اشترك جماعة في قتل رجل، بعضهم بالمباشرة وبعضهم بالتسبب، وقد يُقال بترجيح المباشر، وقد قال بذلك بعض شيوخنا في الإكراه، لكن اتِّفاق المذهب على أن الجماعة الحاضرين المتمالئين على قتل واحد منهم؛ أَنَّهم يَقْتلون مَنْ تَولَّى ضربه ومَنْ لَمْ يتولَّه، والله أعلم.

(ص): (**وَلَوْ تَمَالأَ جَمْعٌ عَلَى ضَرْبِهِ بِسَوْط سَوْطٍ قُتِلُوا جَميعًا، وَكَذَلِكَ الْمُكْرِهُ والْمُكْرَهُ**)

(ش): لما في "الموطأ" عن عمر رضي الله عنه في الصبي لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به.

قال في "الجواهر": لو اجتمع جماعة على رجل يضربونه فقطع رجل رِجْله وفقأ آخر عينه وجدع أنفه وقتله آخر، وقد اجْتمعوا على قتله فمات؛ قتلوا به كلهم وإن كان جرح بعضهم أنكأ من جرح بعض، ولا قصاص له في الجراح ما لم يتعمد الْمُثْلَة، وإن

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٧/٩.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٨/٩.

لم يريدوا قتله اقتصَّ مِنْ كُلِّ واحد بجرحه وقتل قاتله[١]. انتهى.

ابن عبد السلام: ومسألة الأسواط جارية على أصل المذهب بشرط أن يقصدوا جميعًا إلى قتله على هذا الوجه، وأَمَّا لو قصد الضرب فليس السوط الأول ولا ما بعده مِمَّا يقرب مِنْهُ مِمَّا يكون عنه القتل غالبًا، فينبغي أن يقتل به الآخر، ومَنْ قصد إلى قتله مِمَّن تقدمه، وكذلك يقتل المكرِه المكرَه، وكذلك أمر الظالم بعض أعوانه بقتل رجل ظلمًا، فإنه يقتل الآمر والمأمور.

(ص): (**وَأَمَّا غَيْرُ الْمُكَلَّفِ مِنْهُمَا فَنِصْفُ الدِّيَةِ**)

(**ش**): أي: من الكرِه والمكرَه، و(نِصْفُ الدِّية) مبتدأ، وخبره محذوف تقديره: فعليه نصف الدية تحمله عاقلته؛ يعني: وعلى المكلف القصاص[٢].

(ص): (**وَفِي الْحَافِرِ لإِهْلاكِ شَخْصٍ فَوَقَفَ عَلَى شَفِيرِها فَرَدَّاهُ آخَرُ قَوْلانِ**)

(**ش**): قيل: يقتلان جميعًا، وقيل: الْمُرْدِي خاصة، هذا الفرع وقع في بعض النسخ، وتصوره ظاهر، والقول بقتله لابن القَطَّان، والثاني للقاضي أبي عبد الله بن هارون.

واحترز بقوله: (لإِهْلاكِ شَخْصٍ) مِمَّا لَو حفرها لمنفعة نفسه فردَّاه غيره، فالقود على المردي اتِّفَاقًا ولا شيء على الحافر.

(ص): (**وَفِي قَتْلِ الأبِ يَأْمُرُ وَلَدَهُ الصَّغِير، وَالْمُعَلم يَأمُرُ الصَّغِيَر، والسَّيِّدِ يَأْمُرُ العَبْدَ مُطْلَقًا قَوْلانِ...**)

(**ش**): (مُطْلَقًا) يحتمل أن يريد به صغيرًا أو كبيرًا، ويحتمل عجميًّا أو فصيحًا، ويحتمل أن يريدهما، واحترز بـ (الصَّغِيَر) في مأمور الأب و(الْمُعَلِّم) في الكبير فيهما، فإن القتل على المأمور[٣].

ابن القاسم: وليس على الآمر قتل على عاقلته دية وعليه العقوبة، والقول بقتل الأب في "المسائل " لابن القاسم، والقول بنفي القتل لابن نافع، قال: ويوجع الأب والسيد عقوبةً ويقتل العبد، وحكى ابن شعبان قولا ثالثًا بعكس هذا، يقتل السيد دون العبد، وسواء على هذه الأقوال الفصيح والأعجمي، ويقتل السيد في الأعجمي، وعلى العبد جلد مائة وسجن سنة، وقال أصبغ: يقتل السيد والعبد جميعًا؛ كان العبد فصيحًا

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٦٩.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٧٠.

(٣) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٧١.

أَوْ لا.

وعلى قول ابن القاسم: يقتل الآمر، فقال ابن القاسم: ويكون على عاقلة الصبي نصف الدية، وإن كثر الصبيان فالدينة على عواقلهم، وإن لم يجب على كل عاقلة إلا أقل من الثلث فإنها تحمله، ثم الخلاف في قتل الأب مقيد بِمَا إذا لم يكن الأب حاضرًا، وأما إن أرسله، أصبغ: وَأَمَّا لو حضره وأمره فإنه يقتل أبًا كان أو غيره، كما لو اجتمع رجلا على قتل رجل فقصدا له؛ أحدهما مباشر، والآخر يقول: اقتل، فإنهما يقتلان به جميعًا، قال أصبغ: ونزلت مشايخنا متوافرون فرأوا أن يقتل بقوله: اقتل على هذه الصفة.

(ص): **(وَأَمَّا الْمَأْمُورُ لا يَخَافُ مُخَالِفَتَهُ فَعَلَيْه وَحْدَهُ، ويُضْرَبُ الآمِرُ وَيُحْبَسُ)**

(ش): يعني: أن ما تقدم إِنَّمَا هو إذا كان المأمور يخالف مخالفة الآمر، أما إذا لم يخف فالقتل على المأمور وحده.

ابن القاسم وأشهب: ويُضرب الآمر ويُحبس سنة[1].

(ص): **(وَفِي شَريكِ الْمُخْطِئِ وَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ نِصْفُ الدِّيَةِ، والقِصَاصُ بِقَسَامَةٍ، والقِصَاصُ بِغَيْرِ قَسَامَةٍ إِنْ كَانَ قَرِيبًا، وَعَلَى الآخَرِينَ نِصْفُ الدِّيَةِ....)**

(ش): أي: وفي المتعمد الكبير العاقل يشارك مخطئًا أو صبيًّا أو مجنونًا، فحذف الأوصاف لدلالة مقابلها عليها، وحذف أيضًا المبتدأ؛ أي: ثلاثة أقوال استغناء بذكرها مفصلة.

وقوله: (إِنْ كَانَ قريبًا) أي: الموت. وقوله: (وعلى الآخرينَ) أي: المخطئ والصبي والمجنون، ولم أقف على مجموعها في الدواوين في هذه المسألة، وسأوقفك على ما وقفت عليه، وظاهر كلامه: أن الأول وجوب نصف الدية على الكبير المشارك للصغير وإن كان كانا متعمدين، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة" على تقييد اللخمي وابن يونس؛ وذلك لأن مالكًا نص في "الْمُدَوَّنَة" وغيرها على أن في شريك الصبي القصاص إذا كان هو والصبي متعمدين، فقيده اللخمي وابن يونس بما إذا تعاقدا على قتله.

اللخمي: وإن لم يتعاقدا على قتله وقصد كل واحد رميه ولا يعلم بالآخر؛ لم يقتل الرجل، لإمكان أن تكون رمية الصبي القاتلة، وكذلك لو كان رجلين والنافذة ضربة

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٢/٩، وما بعدها.

أحدهما ولم يُعرف ولا يقتلان، وإن كان الكبير والصبي مخطئين أو كان الكبير مخطئًا كان فيه الدية، واختلف إذا كانت رمية الصبي خطأ ورمية الرجل عمدًا، فقال ابن القاسم: عليه الدية ولا يقتل الكبير؛ إذ لا يدرى من أيهما مات(١).

وقال أشهب: يقتل الكبير واختاره ابن المواز، واعترض حجة ابن القاسم بأنه إن كانت ضربة الصبي عمدًا لا يدرى أيضًا من أيهما مات.

اللخمي: وقول ابن القاسم أحسن لئلا يقتل الرجل بالشكِّ، إلا أن يدَّعي الأولياء أن ضربة أحدهما القاتلة فيقسموا عليها، فإن اقتسموا على ضربة الرجل قتلوه، وأما شريك المخطئ، فقال اللخمي: لا يقتل المتعمد عند ابن القاسم ويقتل عند أشهب. انتهى.

فالأول، قال عبد الملك: قال ولا قسامة في ذلك إن مات مكانه، وحكى ابن حبيب عن ابن القاسم أن الأولياء مُخيَّرون بين أن يقسموا على ما شاءوا منهما، واستحسنه أصبغ.

ابن حبيب: ثم قال مرَّة يقسمون أن من ضربهما مات، ثم تكون نصف الدية من مال العامد ونصفها على عاقلة المخطئ، وحكى عبد الوهاب أنه متى اشترك في القتل القود، ومن لا يجب عليه كالعامد والمخطئ، والبالغ، والصغير، والعاقل، والمجنون؛ قتل من يلزمه القود وكان على الآخر بقسطه من الدية، وحيث ألزم الصبي شيء من الدية، فاختلف هل من ماله أو على العاقلة.

(ص): (**أَمَّا شَرِيكُ السَّبُعِ وَجَارِحِ نَفْسِهِ وَالْحَرْبِي الْمَرِيضِ بَعْدَ الجُرْحِ فَالأَوَّلانِ**)

(ش): أي: فالقولان الأولان؛ وهما نصف الدية والقصاص بالقسامة، وهما لابن القاسم(٢).

(ص): (**وَلَو اصْطَدَم فَارِسَان أَوْ مَاشِيَانِ أَوْ مُخْتَلِفَان بَصِيرَانِ أَوْ ضَرِيرَانِ أَوْ مُخْتَلِفَانِ عَمْدًا فَمَاتَا أَوْ أَحَدُهُما فَأَحْكَامُ القِصَاصِ وَإِلا فَعَلى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ دِيَة الآخر، وَكُلُّ فَرَسٍ فِي مَالِ الآخرِ، وَقِيْلَ: نِصْفُ دِيَةِ الآخرِ؛ لأَنَّهُ شَرِيكٌ**)

(ش): أراد بالاختلاف الأول أن يكون أحدهما ماشيًا والآخر راكبًا، وبالاختلاف الثاني أن يكون أحدهما بصيرًا والآخر ضريرًا، وعدل عن قوله بالقصاص إلى قوله:

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٧٣.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٧٤.

(فَأَحْكَامُ القِصَاصِ) وإن كان الأول أخص؛ لأنه يتصور القصاص في موتهما، ومعنى أحكام القصاص: أنهما إذا مات بطل حقهما؛ لأن من وجب له قصاص يبطل حقه بموت المقتص منه؛ ولأن قوله: (أَحْكَامُ القِصاصِ) يشمل القولين إذا عاش أحدهما، هل لا يجب عليه إلا القصاص أو التخيير بينه وبين الدية، بخلاف قوله: (فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ دية الآخر) يريد: وكانا معًا مخطئين؛ لقوله: (عَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ واحِدٍ) وَأَمَّا أن أحدهما مُتَعَمدًا فعليه القصاص.

وقوله: (كُلُّ فَرَسٍ) أي: وقيمة كل فرس، وفي معنى الفرس: لو اصطدما وبأيدهما متاع فتلف، وقيل: إنما على كلٍ واحد نصف دية الآخر؛ لأن كل واحد شارك في قتل نفسه وهذا لأشهب، نقله عنه ابن القصَّار، ونقله أبو عمران عن سحنون، وقد قال أشهب في "المجموعة " في حافري البئر ينهدم عليهما فيموت أحدهما: فإن على عاقلة الحي منهما نصف دية الآخر لشركة كل منهما في قتل نفسه.

(ص): (**وَالصَّبيَّانِ كَذَلِكَ إلا فِي القِصَاصِ**)

(ش): يعني: فإذا اصطدم صِبيان كذلك؛ أي: من كونهما راكبين أو ماشيين... إلخ، وأن مجموع دية كل منهما على عاقلة الآخر على المشهور.

(ص): (**وَلَو اصْطَدَمَ حُرٌّ وَعَبْدٌ فَثَمَنُ العَبْدِ فِي مَالِ الْحُرِّ وَدِيَةُ الحُرِّ فِي رَقَبَةِ العَبْدِ**)

(ش): المراد بالثمن القيمة، لكن المصنف تبع لفظ "الْمُدَوَّنَة"، وقال في "الْمُدَوَّنَة": ويتقاصان - يعني: إن ماتا - فإن كانت قيمة العبد أكثر من دية الحر؛ كان الزائد لسيد العبد في مال الحر، وإن كانت دية الحر أكثر لم يكن على السيد من ذلك شيء.

محمد: إلا أن يكون للعبد مال، فيكون بقية العقل في ماله، وأخذ ابن رشد من هنا أن مذهب "الْمُدَوَّنَة" في جناية العبد أنها حَالَّة؛ لأن قيمة العبد في مال الحر حالَّة، فلما قال: يتقاصان، ولم يقل يأخذها السيد ويؤدي الدية التي جَنَاها العبد منجمة، دَلَّ ذلك على أنها حالَّة، وقال أصبغ خِلاف هذا: وهو أن سيد العبد مخير في جنايته على الحرِّ خطأ بين أن يسلمه فيها أو يفديه بها مؤجلة[1].

(ص): (**فَلَو اصْطَدَمَ سَفِينَتَانِ فلا ضَمَانَ بِشَرْطِ العَجْزِ عَنِ الصَّرْفِ، والمُعْتَبَرُ العَجْزُ حَقِيقَةً لا لِخَوْفِ غَرَقٍ أَوْ ظُلْمَةٍ...**)

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٥/٩.

(ش): قله: (بِشَرْطِ العَجْزِ) يوهم أن هذا ليس شرطًا في الفارسين إذا أجمحا فرساهما ولم يُقدر على صرفهما فكان عن ذلك تلف، فإنه لا ضمان في ذلك، وإنما يختلف الفرسان من السفينتين والفارسين إذا جهل أمرهما في قدرتهما على الصرف حملا على الاختيار، والسفينتان بالعكس.

وقال أشهب في السفينة: إذا علم أن ذلك من أمر غلبهم وليس من أمر غرقوا فيه فلا شيء عليه، وإن لم يكن يعلم فذلك على عواقلهم، وظاهره التسوية بين الفارسين والسفينتين، والفرق على المذهب: إن جري السفينتين بالريح وليس من عملهم بخلاف الفارسين، ويناقش المصنف في قوله: (بشرط العجز) لأنه يقتضي أنه لا بُدَّ من تحقيقه، ولا يشترط العجز، فالأولى أن لو قال: فلا ضمان، إلا أن النواتيه قادرون على صرفها.

وقوله: (لا لِخَوْفِ غَرَقٍ أَوْ ظُلْمةٍ) يعني: أو كان النواتية يقدرون على صرف السفينة، ولكن يخشون مع ذلك على أنفسهم، فلم يصرفوها حتى هلكوا غيرهم فإنهم يضمنون؛ إذ ليس لهم أن يسلموا أنفسهم بهلاك غيرهم[1].

وقوله: (ظُلْمَةٍ) أي: كان اصطدامهم لظلمة، فإن ذلك لا يسقط الضمان عنهم كالمصطدمين في البرِّ لظلمة، غير أن كلام المصنف يوهم أن مراده خوف الظلمة، وأنه مُشارك لخوف الغرق في الحكم، والمسألة منقولة في الوجه الذي قلناه: أنَّه لا يصح حملها على ما فهم من كلام المصنف.

(ص): **(فَلَوْ جَذَبَ اثْنَان حَبْلا فَانْقَطَعَ فَتَلِفَا فَكَالْمُتَصَادِمَيْنِ، وَلَوْ وَقَعَ أَحَدُهُمَا عَلَى إِنْسَانٍ أَوْ مَتَاعٍ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا...)**

(ش): يعني: إذا ماتا أو أحدهما، فَيَجري على ما تقدم من حكم القصاص ووجوب الدية، ولو وقع أحدهما على إنسان أو متاع؛ فالضمان عليهما؛ لأن وقوع المباشر إِنَّما كان من فعلهما، أما لو دفع رجل آخر فقتله فعلى الدافع العقل دون المدفوع.

فرع:

لو قاد بصير أعمى فوقع البصير ووقع أعمى عليه فقتله، فقال مالك في رواية ابن وهب: الدية على عاقلة الأعمى. الثاني: لو سقط ابنه من يده فمات لم يلزمه شيء، ولو

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٦/٩.

سقط من يده شيء عليه فمات فالدية على عاقلته. أشهب: وإن كان الأرش أقل من الثلث ففي ماله. الثالث: لو طلب غريقًا فلما أخذه خشي على نفسه الهلاك فتركه فمات الرجل، فديته على عاقلة الساقط، قاله أشهب في "المجموعة" و"الْمَوَّازِيَّة"، ولو انكسرت سن الساقط وانكسرت سن الآخر، فقال ابن المواز: مذهب أصحابنا أن على الساقط دية سن الذي سقط عليه وليس على الآخر دية.

وقال ربيعة: على كل واحد دية ما أصيبت، ودليل الأول أن الجناية سبب الساقط دون سبب الآخر.

(ص): (**فَلَوْ طَرَأَتْ مُبَاشَرَةٌ بَعْدَ أُخْرَى، فَإِنْ كَانَ عَنْ مُمَالأَةٍ قُتِلَ الْجَمِيعُ، وَلا قِصَاصَ لَهُ فِي الْجِرَاحِ مَا لَمْ يَتَعَمَّدِ الْمُثْلَةَ، وَإِلا قُدِّمَ الأَقْوَى وعُوقِبَ الآخرُ...**)

(ش): يريد: وكذلك لو كان الجراح في وقت واحد، فإن كان عن ممالأة قتل الجميع، هو ظاهر، فإنهم يقتلون في الممالأة ولو كان بعضهم واقفًا، وهذا مقيد بأن يموت مكانه، وأَمَّا لو عاش وأكل وشرب؛ فإنه لا يقسم في العمد إلا على واحد، ولا قصاص في الجراح؛ يعني: إذا تميزت الضربات وعلم ضارب كل واحدة، والرجل الواحد لو جرح جراحات ثم قتل لم يقتص منه في الجراحات، والقتل يأتي عليها إلا أن يقصد الجارح الْمُثْلَة، فيجرح أولا كما جرح، ثم يُقْتَل.

قوله: (مُمَالأةٍ) يعني: وإن لم يتمالئوا بل قصد كل منهم إلى ضربه، قدم الأقوى؛ أي: من كان القتل عن ضربه ليتعين للقتل، ويقتص من كل واحد مما جرح وتلك عقوبته، هذا هو النقل لا كما يعطيه ظاهر كلام المصنف من أن المراد بالعقوبة خلاف القصاص، نعم يتعين التأديب في غير الجراحات كضرب بالعصا ونحوه[1].

تَنْبِيه:

ما ذكره المصنف من تقديم الأقوى ومعاقبة الآخر مُقَيَّد بما إذا عرفت الضربات كما ذكرنا، وإن لم يعرف جرح كل واحد، ففي "النوادر " عن مالك: يقتلون كلهم إن مات مكانه، وإن لم يمت ففيه القسامة، وفي اللخمي خِلافه، وأنه إذا أنفذ أحد ولا يدرى مَنْ هو أو من أي الضربات مات؛ أنه يسقط القصاص، أعني: إذا لم يتعاقدا على قتله وتكون الدية في أموالهم.

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٧٧.

(ص): **(فَلَوْ جَرَحَ الأَوَّلُ ثُمَّ جَزَّ الثَّانِي الرَّقَبَةَ قُتِلَ الثَّانِي)**

(ش): هذا مثال للمسألة السابقة، والله أعلم.

(ص): **(فَلَوْ أَنْفَذَ أَحَدُهُمَا المَقَاتِلَ ثُمَّ أَجْهَزَ الثَّانِي فَفِي تَعيينِ ذِي القِصَاصِ مِنْ ذِي العُقُوبَةِ قَوْلانِ لابْنِ القَاسِمِ...)**

(ش): تصور المسألة ظاهر، واتفق على أنه لا يقتص منهما، واتفق على أنه يقتص من أحدهما، ويعاقب الآخر ويقتل الأول ومعاقبة الثاني، قال أشهب وغيره: وعليه ولا يرث ولا يورث، إلا أنه كالميت. ابن القاسم في تتميمه هذا القول: ويبالغ في عقوبة الثاني، وقد أتى عظيمًا، وإن كان المجروح قد أكل وشرب[1].

سحنون: ويقتل بغير قسامة، لكن يلزم على الأول أمور شنيعة، وهو إذا كان كالميت لا تجوز وصاياه، وقد ذهب إلى ذلك أصبغ، وهو خِلاف ما أَجْمَع عليه الصحابة؛ لأن عمر رضي الله عنه أَوْصَى على تلك الحال، وأنفذ المسلمون وصاياه، ويلزم أيضًا أَلا يخاطب بالصلاة، وهو خِلاف ما أشار إليه عمر رضي الله عنه من لزومها حينئذٍ بقوله: ولا حظ في الإسلام لِمَنْ تَرَكَ الصلاة.

ابن رشد: ولو قيل: يقتلان معًا،لكان لذلك وجه.

(ص): **(الثَّانِي: القَتِيلُ، وَشَرْطُهُ: أَنْ يَكُونَ مَعْصُومَ الدَّمِ بِإِسْلامٍ، أَوْ جِزْيَةٍ، أَوْ أَمَانٍ، وَانْتِفَاءُ مُوجَبٍ لا عَفْوَ فِيهِ...)**

(ش): الركن الثاني: (القَتِيلُ) أي: الذي يقتل قاتله أن يكون معصوم الدم، وعِصْمته إما بالإسلام؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ، حَتَّى يَقُولوا لا إِلَهَ إِلا اللهُ، فَإِذَا قَالُوها عَصَمُوا مِنِّي، دِمَاءَهُمْ، وَأَمْوَالَهُمْ إِلا بِحَقِّهَا"[2].

وأما بجزية؛ لقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ﴾ إلى قوله: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩].

وأما بأمان؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلامَ اللهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ [التوبة: ٦].

وقوله: (وانْتِفَاءُ مُوجَبٍ) مرفوع بالعطف على (أَنْ يَكونَ) أي: وشرطه انتفاء موجب

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٨/٩.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٥) ومسلم، برقم (٢٥) كلاهما من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه، وله شواهد أخر في الصحيحين.

لا عفو به، واحترازًا مِمَّن وجب عليه القصاص؛ لأن للولي أن يعفو عنه، فلو قتله غير الولي قتل به[١].

(ص): (**وَلا قِصَاصَ فِي مُرْتَدٍّ وَلا زِنْدِيقٍ وَلا زَانٍ مُحْصَنٍ، نَعَمْ يُؤَدَّبُ فِي الافْتِيَاتِ**)

(**ش**): هذا بيان لما احترز عنه بقوله: (وَانْتِفَاءُ مُوجَبٍ) ويحتمل أن يعود إلى القيد الأول، وهو العصمة بالإسلام، إذا انتفى القصاص عن قاتل المرتد مع أن المذهب استتابته، فلأن ينتفي في الزنديق من باب أَوْلَى لتحتم قتله، ونص سحنون على نفي القصاص عن قاتل المرتد ولو كان القاتل نصرانيًا، وتأديب قاتل هؤلاء ظاهر لافتئاته على الإمام.

(ص): (**وَأَمَّا مَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ فَمَعْصُومٌ مِنْ غَيْرِ المُسْتَحِقِّ، فَإِنْ قَتَلَه أَجْنَبِي عَمْدًا فَدَمُهُ لأَوْلِيَاء الأَوَّلِ عَلَى المَشْهُورِ، فَإِنْ أَرْضَاهُمْ أَوْلِيَاءُ الثَّانِي فَدَمُهُ لَهُمْ. وَرَوَى ابنُ عَبْدِ الحَكَمِ: لا شَيْءَ لأَوْلِيَاءِ الأَوَّلِ كَمَوْتِهِ...**)

(**ش**): قوله: (فَإِنْ قَتَلَهُ) أي: القاتل (أَجنبِيٌّ) أي: عَمْدًا احترازًا من الخطأ وسيأتي (فَدَمُهُ) أي: دم الأجنبي لأولياء الأول؛ أي: المقتول الأول على المشهور، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة"؛ لأن أولياء الأول استحقوا نفسه فكانوا أحق بما يكون عينًا من قصاص ودية.

وقوله: (فَإِنْ أَرْضَاهُمْ) هو تفريع على المشهور، وهو أن دم الأجنبي لأولياء الأول إلا أن يرضيهم أولياء القتيل الثاني فيكون دمه لهم، وظاهر قوله: (فَإِنْ أَرْضَاهُمْ) أنه موقوف على اختيار أولياء الأول، وأن لهم ألَا يرضوا بما بذلوا لهم من الدية وأكثر منها وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة".

وقال ابن الماجشون في "المبسوط": لولي الثاني أن يدفع الدية إلى ولي الأول ويقتص هو لنفسه، وفهم اللخمي منه إجبار أولياء الأول على قبول الدية.

قوله: (وَرَوَى ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ: لا شَيْءَ لأَوْلِيَاءِ الأَوَّلِ كَمَوْتِهِ) لأنَّ حقهم كان معلقًا بعينه، وهذا يقابل المشهور.

(ص): (**وَكَذَلِكَ لَوْ قُطِعَتْ يَمِينُ قَاطِعِ اليَمِينِ وَنَحْوُ ذَلِكَ**)

(**ش**): فتأتى القولان، فعلى المشهور يكون القطع للمقطوع أولا وهو ظاهر ابن

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٩/٩.

القاسم في "الْمَوَّازِيَّةِ"، وإن قطع يد رجل من المنكب فَعَدَا رجل على القاطع فقطع يده من المنكب؛ أنه يقال للمقطوع يده من المنكب: إن شئت فاقتص من قاطع قاطعك من المنكب فقط ولا شيء لَكَ غير ذلك، ويخلى بينه وبين مَنْ قطع كفه فيقتص منه ما بقي من يده بعد الكف من المنكب قصاصًا للمقطوع الأول. اللخمي: وقول محمد أحسن.

ابن عبد السلام: وفيه بعد؛ لأنه يقطع رجلين في موضعين مختلفين، ولم يتول قطعه منهما غير واحد.

(ص): (**فَإِنْ قَتَلَه خَطَأً جَرَى الْقَوْلانِ فِي الدِّيَةِ**)

(**ش**): فَعَلَى المشهور تكون الدية لأولياء القتيل الأول، وعلى الشاذ لا يكون لأولياء الأول شيء من الدية، ويكون لأولياء القتيل الثاني[1]. وظاهر قوله: (جَرَى الْقَوْلانِ) لَيْسَا منصوصين هنا، أَوْ العقل وليس كذلك، بل هُمَا منصوصان أيضًا.

(ص): (**فَإِنْ فُقِئَتْ عَيْنُ القَاتِلِ أَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَشِبْهُهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَلَهُ القَوَدُ والعَفْوُ العَقْلُ وَلا سُلْطَانَ لِوُلاةِ الْمَقْتُولِ...**)

(**ش**): يعني: أن الأطراف لا تدخل تحت النفس، فلا يلزم من استحقاق الأولياء دم القاتل أن يستحقوا أجزاءه، فلذلك كان القاطع إذا قطعت يده أو فُقِئَت عينه أو فعل به شيء عَمْدًا أو خطأً، القود في العَمْد والعقل في الخطأ، واختلف في عكس هذا، وهو إذا قطعت يد رجل عمدًا ثُمَّ قتل القاطع خطأً أو عَمْدًا فصالح أَوْلياؤه في العمد على مال، فقيل: لا شيء لِمَن قطعت يده؛ لأنَّ الدية إِنَّما أخذت عن النفس. وقال محمد: إِنَّ أَخذ الدية في الخطأ أَوْ العَمْد فللمقطوع يده أخذ حقه من ذلك، واستحسن اللخمي الأول.

(ص): (**فَلَوْ كَانَ الوَلِيُّ هُوَ القَاطعَ فَكَذَلِكَ أَيْضًا عَلَى الْمَشْهُورِ، ولَوْ كَانَ سُلِّمَ لَهُ**)

(**ش**): أي: ولي المقتول هو الذي قطع من القاتل يده أو نحوها عَمْدًا أو خطأً، والإشارة بذلك إلى القود والعفو والعقل، والمشهور من مذهب "الْمُدَوَّنَة"، فيكون للقاتل أن يقتص من الولي، ثم للولي أن يقتله. وقال: (وَلَوْ كَانَ سُلِّمَ لَهُ) لئلا يتوهم المتوهم أن الخلاف قبل التسليم، وأما بعد فقد استحقوه حقيقة ولا يلزم الولي شيء، فبيَّن المصنف أنه لا فرق.

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٨٠/٩.

ابن عبد السلام: وأفاد تأخير المبالغة إلى القول الشاذ فيهما قبل تسليم الجاني، وَأَمَّا قبل تسليمه فلا، بخلاف ما لو قال: ولو كان سلم له على المشهور فإنه يوهم أن الخلاف مقصور على ما بعد التسليم، وعَزَا في "الجواهر " الشاذ لابن القاسم في "الواضحة"، وَعَلَّله بأن النفس كانت لهم، قال: وليعاقبهم الإمام، وأشار أبو عمران إلى أنه لو سلم القاتل إلى الأولياء ليقتلوه فجرحه الولي، ففلت بنفسه أنه لا شيء عليه[1]. قال: وإنما يقتص منه إذا قصد إلى جرحه، وإن غاب عليه أولياء المقتول فأصيب - قد قطعت يداه أو رِجْلاه - فقالوا: إنما أردنا قتله، فاضطرب حَتَّى أصابه ذلك، فالقول في ذلك قولهم.

(ص): **(الثَّالِثُ: القَاتِلُ، وشَرْطُهُ: أَنْ يَكُونَ بَالِغًا، عَاقِلا، غَيْرَ حَرْبِي، وَلا مُمَيَّزٍ عَنِ الْمَقْتُولِ بِإِسْلامٍ مُطْلَقًا وحُرِّيَّةٍ مَعَ تَسَاوِيهِمَا...)**

(ش): الركن الثالث: القاتل الذي يقتص منه، وذكر لشرطه أربعة أجزاء:

الأول: (أَنْ يَكُونَ بَالغًا) فلا قصاص على صبي[2].

الثاني: أَنْ يَكون (عَاقِلا) فلا قصاص على المجنون.

الثالث: أَنْ يَكون (غَيْرَ حَرْبي) لأن الحربي لا يقتص.

الرابع: أَلا يكون (مُمَيِّزٍ) بأحد وصفين: أولهما: الإسلام، فلا يقتل مسلم بكافر.

وقوله: (مُطْلَقًا) يعني: إن تميز القاتل بالإسلام، وإِنْ كَانَ عَبْدًا مانعًا من القِصَاص، وإِنْ كان مقتوله حُرًّا.

ثانيهما: ألا يكون مميزًا عن المقتول بحرية، فلا يقتل حر بعبد[3]. وقوله: (مَعَ تَسَاوِيهِمَا) أي: في الدين؛ لأنه لو تميز القاتل بالحرية والمقتول بالإسلام لاقتصَّ من القاتل على المشهور كما سيأتي.

(ص): **(فَلا قِصَاصَ عَلَى صَبِيّ وَلا مَجْنُونٍ بِخِلاف السَّكْرَان، وعَمْدُهُمَا كَالْخَطَأ، فَلِذَلِكَ تَجِبُ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَة مُطْلَقًا إِنْ بَلَغَتِ الثُّلُث، وَإِلا فَفِي مَالِه أَوْ فِي ذِمَّتِهِ كَخَطَئِه وَخَطأ غَيْرِهِ...)**

(ش): هذا بيان ما احترز عنه، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: "رُفِعَ القَلَمُ

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٨١/٩.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٣٨٢/٩.

(٣) انظر: حاشية الصاوي: ٣٨٣/٩.

عَنْ ثَلاثَةٍ". يعني: "النائم حتى يستيقظ، وعن الغلام حتى يَحْتَلِم، وعن المجنون حتى يفيق"(١). رواه أبو داود.

وفي "الْمَوَّازِيَّة": أَنَّ ما أصابه المجنون المطبق هدر في الدماء والأموال. وفي "المجموعة": في المجنون والمعتق يكسر سن رجل أو يُحرق ثوبه؛ أنه لا شيء عليه، ظاهر إطلاقه أنه لا فرق في الصبي بين المميز وغيره، وقد تَقَدَّم في غير المميز الخلاف في باب (الغصب)، بِخِلاف السَّكْران فإنه يقتص مِنْهُ، وقد تقدَّم غير مرَّة الكلام على حُكْم السكران(٢).

وقوله: (وَعَمْدُهُمَا) أي: الصبي والمجنون كالخطأ في نَفْي القصاص. وقوله: (مُطْلَقًا) أي: في العمد والخطأ (وَإِلا) أي: وإن لم يبلغ الثلث فَفِي مال الصغير أَوْ في ذِمته كخطأ غير الصغير إذا كان دون الثلث، وفي بعض النسخ: (كَخَطَئِهِمَا) أي: كخطأ غير الصغير والمجنون، وفي بعض النسخ (كَخَطَئِهِ) أَوْ خطأ غيره كخطأ من غيرهما أو خطأ وغيره؛ أي: إذا شارك أحدهما مكلفٌ، فإن لكل حكمه.

(ص): **(وَأَمَّا المَجْنُونُ فِي حَالِ إِفاقَتِهِ فَكَالصَّحِيحِ)**

(ش): هو ظاهر، ويقتص مِنْهُ فِي حال إفاقته.

ابن المواز: فإن أيس من إفاقته كانت الدية عليه في ماله. وقال المغيرة: يسلم إلى أولياء المقتول فيقتلون به إن شاءوا. قال: ولو ارْتد ثُمَّ جن لم أقتله حتى يصح؛ لأني أدرأ الحدود بالشبهات، ولا أَقول هذا في حقِّ الناس، ورأى اللخمي أن يكون الخيار لأولياء المتقول، فإن شاءوا قتلوا هذا المجنون، وإن شاءوا أخذوا الدية إن كان له مال، وإلا اتبعوه بها.

(ص): **(وَلا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ قِصَاصًا إِلا أَنْ يَقْتُلَهُ غِيلَةً، ويُقْتَلُ الكَافِرُ بالمُسْلِمِ)**

(ش): أَمَّا قتل الكافر بالمسلم فمتفق عليه، وأَمَّا عدم قتل المسلم بالكافر فهو مذهبنا خِلافًا للحنفية، ودليلنا ما في الصحيح عنه عليه الصلاة والسلام: "لا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ"(٣).

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٤٣٩٨) بسند حسن، من حديث عائشة رضي الله عنها، وبرقم (٤٤٠٢) من حديث علي بن أبي طالب بسند حسن.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٣٨٤/٩.

(٣) أخرجه الترمذي، برقم (١٤١٣) وابن ماجه، برقم (٢٦٥٩) من حديث عبد الله بن عمرو بن =

وقوله: (إلا أَنْ يَقْتُلَهُ غِيلَةً) الظاهر أن الاستثناء منقطع؛ لأنه فِي الحقيقة لم يقتل به، بل للفساد في الأرض، بدليل أَنَّه لو عفا ولي الكافر لم يسقط القتل، ولا يقتل الحر بالعبد، والغيلة بكسر الغين: القتل على المال، وفي معنى الغيلة الحرابة، فإن الحر يقتل فيها بالعبد والمسلم بالكافر، نص عليه ابن يونس وغيره.

(ص): (وَالكَافِرُ مِنْ نَصْرَانِي أَوْ يَهُودِيّ أَوْ مَجُوسيّ ذِمّيٍ أَوْ ذي أَمَانٍ ومَنْ لا يُقْتَصُّ لَهُمْ مِنَ المُسْلِمِ لنُقْصَانِ الكُفْرِ مُتَكَافِئُونَ...)

(ش) (الكَافِرُ): مبتدأ، (مِنْ) في (مِنْ نَصْرَاني) لبيان الجنس (ومَنْ لا يُقْتَصُّ) معطوف على الكافر من عطف العام على الخاص؛ لأن هذا يشمل عبدة الأوثان ونحوهم، و(مُتَكافِئونَ) الخبر؛ لأن الكفر مِلَّة واحدة، فلهذا لو قتل النصراني أو اليهودي مجوسيًا قُتِلا به، ويحتمل أن يعطف قوله: (الكَافِرُ) على (المُسْلِم) ويكون المعنى: أن الكافر بالمسلم، وبالكافر من نصراني أو يهودي أو مجوسي، ويكون ابتداء المسألة الثانية قوله: (ومَنْ لا يُقْتَصُّ لَهُمْ) وعلى هذا الاحتمال مشى ابن عبد السلام، وعلى الأول مشى شيخنا وغيره، وكلاهما صحيح[1].

(ص): (وَلا يُقْتَلُ حُرٌّ بِرَقِيق وَلَوْ قَلَّ جُزْءُ رِقِّهِ، وَلا مَنْ فِيهِ عَقْدُ حُرِيَةٍ مِنْ مُكَاتَبٍ أَوْ مُدَبَّرٍ وَأُمّ وَلَدٍ أَوْ مُعْتَقٍ إِلى أَجَلٍ، ويُقْتَلونَ بِالحُرّ كَالرَّقِيقِ...)

(ش): تصور كلام المصنف ظاهر ولا خلاف فيه عندنا، وفي الدارقطني عن ابن عباس أَنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "لا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَبْدٍ"[2]. وروى أيضًا عن عليٍّ رضي الله عنه أنه قال: (مِنَ السُّنَّة أَلا يقتل حر مسلم بذمي ولا حر بعبد) ونقل الباجي إجماع الصحابة على ذلك.

(ص): (وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ حُرًّا عَمْدا وخُيّرَ وليُّهُ فِي قَتْلِه، فَإِنْ اسْتَحْيَاهُ خُيّرَ سَيّدُهُ فِي فِدَائِه بالدِّيَةِ أَوْ إِسْلامِهِ، وَفِي الْخطَأ يُخَيَّرُ سَيّدُهُ فِي الدِّيَةِ أَوْ إِسْلامِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ ثَبَتَ الأَمْرَانِ عَلَيْهِ بِالقَسَامَةِ...)

العاص.

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٨٥/٩.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، برقم (٣٢٢٥) بسند ضعيف، فيه السري بن سهل الهمداني، وهو وضاع.

(ش): هكذا الجملة وقعت في بعض النسخ، ومعناها: إذا قتل العبد حُرًّا عَمْدًا خُيّر وليه - أي: ولي الحر - في قتل العبد واستحيائه، فإن قتله لا كلام، وإن استحياه خُيّر سيده في فدائه بدية الحر وإسلامه للولي، وهذا ظاهر قول أشهب الذي يرى أن موجب العمد التخيير، وأما على قول ابن القاسم أنه ليس لولاة المقتول في العمد إلا أن يقتلوه ولا يلزموه الدية، فيفرق بين المطلوب هنا غير القاتل وهو السيد، ولا ضرب عليه في واحد من الأمرين اللذين يختارهما ولي الدم، بخلاف هذه الصورة فإن للقاتل الحر غرضًا في التمسك بماله لإغناء ورثته، وإن قتل حرًّا خطأً فالقصاص ساقط والجناية متعلقة برقبته، فيخبر سيده بين أن يفديه بدية الحر أو يسلمه لولي المقتول كما في سائر جنايته. قوله: (وَكَذَلِكَ لَوْ ثَبَتَ الأمْرَان عَلَيه بالقَسَامَةِ) العمد والخطأ[1].

(ص): (**ومَنْ لا يُقْتَصُّ لَهُمْ مِنَ الحُرِّ لِنُقْصَانِ الرِّق مُتَكافِئونَ**)

(ش): فتقتل أم الولد وغيرها بالعبد القِن، وهو ظاهر.

(ص): (**وَلا يُقْتَلَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ بحُرٍّ ذِمّيٍ، وَسَيِّدُهُ مُخَيَّرٌ فِي افْتِكَاكِهِ بِالدِّيَةِ أَوْ إِسْلامِهِ فَيباعُ عَلَى أَوْلِيَائِهِ...**)

(ش): حكى صاحب " البيان " الاتّفاق على ذلك، إذا لم تتكافأ دماؤهما، فإن حُرمة الإسلام أعظم، فيخيَّر سيده في افتكاكه بدية الحر الذمي وفي إسلامه في الجناية، فيباع لأولياء الذمي؛ لعدم جواز ملك الكافر للمسلم، وظاهر كلامه: أنه إذا بيع يعطى جميع الثمن لأولياء الذمي وإن كان أكثر من دية الحر، وهو قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة" وقاله مطرف، وابن الماجشون: إن فَضَلَ فَضْل فهو لسيده. أصبغ: والأول أصوب.

(ص): (**ويُقْتَلُ الحُرُّ الذِّمِّيُّ بِالعبْدِ الْمُسْلِمِ كَالحُرِّ وَالقِيمَةُ هُنَا كالدِّيَةِ، وَقِيلَ: لا يُقْتَلُ وَهُوَ كَسِلْعَةٍ...**)

(ش): قد يتبين بالمسألة السابقة أَنَّ العبدَ المسلم أعظم حُرمة من الذمي الحر، فلذلك قتل الحر الذمي بالعبد المسلم؛ لأنه إذا قتل بالكافر فَأَحْرَى إذا كان المقتول أعظم حرمة، وأشار بقول: (وَالقِيمَةُ هُنَا كَالدِّيَةِ) إلى أن سيد العبد لو أراد أن يلزم الذمي قيمة العبد لجرى على الخلاف بين ابن القاسم وأشهب في الدية، فعلى قول ابن

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٨٦/٩.

القاسم ليس له إلا قتل الذمي وليس له أن يلزمه القيمة، وعلى قول أشهب له ذلك.

قوله: (وقيلَ: لا يُقْتَلُ) أي: الذمي بالعبد المسلم، هو قول سحنون وأحد قولي ابن القاسم.

(ص): (وَلِلأبُوَّةِ وَالأمُومَةِ أَثَرٌ فِي الدَّرْءِ بِاحْتِمَالِ الشُّبْهَةِ إِذَا ادَّعَيَا عَدَمَ القَصْدِ كَمَا لَوْ حَذَفَهُ بِالسَّيْفِ وَادَّعى أَدَبَهُ، وَإِنْ كَانَ غَيْرهُ لا يُقْبَلُ مِنْهُ حَتَّى لَو شَرَكَهُ أَحَدٌ فِي قَتْلِه قُتِلَ...)

(ش): لما فرغ من المانع مُطْلقًا؛ وهو الإسلام والحرية، وشرع في المانع من جهة، ولهذا قال: (أَثَرٌ فِي الدَّرْءِ) ولو بعده مانعًا مطلقًا. والدرء: الدفع؛ أي: دفع القصاص. والباء في (باحتمال) للسببية؛ والسببية هي الشفعة التي جبلا عليها، فلم يتهما على إرادة القتل إذا ادَّعيا عدم القصد؛ أي: إلى القتل، ثم مثَّل لذلك بما لو حذفه بسيف فمات، نحوه في "الموطأ " في قصة المدلجي، وفيه أن عمرَ رضي الله عنه غلَّظ عليه الدية؛ لأنه لما كان فعله يقتل به الغير وسقط عنه هو القتل للشبهة؛ علظت عليه الدية توسطًا بين الحالتين. قوله: (وإِنْ كانَ غَيْرَ الأبِ لا يُقْبَلُ مِنْهُ) أي: عدم القصد إلى قتله.

ابن عبد السلام: وفاعل (شَرَكَهُ) ضميرٌ يُفْهَم من السياق؛ أي: شركه أجنبي. انتهى. وقد يُقال: بل هو عائد إلى غيره[1].

(ص): (وَلِذَلِكَ قُتِل مُكْرِهُ الأبِ دُونَهُ)

(ش): (مُكْرِهُ الأب) بكسر الراء: اسم فاعل؛ أي: ولأجل الشبهة وتباين حكم الأب من غيره، لو أكره الأجنبي الأب على قتل ولده؛ قتل الأجنبي فقط، وقد تقدم إلى أن المكرِه والمكرَه يقتلان معًا، فلولا ما أشار إليه لقتل الأب أيضًا.

(ص): (أَمَّا لَوْ قُتِل مَعَا انْتِفَاءِ الشُّبْهَةِ فَيُقْتَصُّ مِنْهُ. كَمَا لَوْ ذَبَحَهُ أَوْ شَقَّ جَوْفَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ جَزَّ يَدَهُ فَقَطَعَها، أَوْ وَضَعَ يدَهُ في عَيْنَيْهِ فأَخْرَجَهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ اعْتَرفَ بِالقَصْدِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: لا يُقْتَلُ الأبُ بابْنِهِ بِحَالٍ...)

(ش): الأول - هو المشهور -: أنه يقتل به إذا انتفت شبهة إرادة التأديب، وبقول أشهب في نفي القصاص عن الأب ولو كان على وجه تتعين معه الشبهة قال الشافعي، وقد روى الترمذي أحاديث ظاهرها لقول أشهب، لكن قال عبد الحق في "الأحكام": لا

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٣، والذخيرة:١١/٣٨.

يصح شيء منها.

(ص): (**وَالأَجْـدادُ والجَـدَّاتُ لِـلأبِ كَـالأبِ، وَفِـي كَـوْنِهِمَا مِـنَ الأمِّ كَـالأمِّ أَوْ كَالأَجْنَبِي قَوْلانِ لابنِ القاسِمِ وَأَشْهَبَ...**)

(**ش**): نحوه في "الجواهر " واللخمي؛ لأنه قال في "الجواهر": وكذلك لا يقتل الأجداد والجدات من قبل الأب والأم، من يرث منهم ومن لا يرث، وبهذا قال عبد الملك، وقال ابن سحنون عن أبيه: اتَّفَقوا على أنه تغلَّظ في الجد والجدة من قبل الأب، واختلفوا في الجد والجدة من قبل الأم، فقال ابن القاسم: هما كالأم، وبه قال سحنون. وقال أشهب: هما كالأجنبيين.

اللخمي: وقول عبد الملك أحسن؛ لأن كل واحد منهما حنانًا لا يتهم معه على القتل. وروي عن ابن القاسم التغليظ في الجدِّ أبي الأب والجدة أم الأب، ووقف في أبي الأم وأم الأب.

قال شيخنا رحمه الله: وكان ينبغي أن يعكس ما قالوه هنا؛ إذ جهة الأم أشد شفقة، بدليل تقديم الجدات لأم في الحضانة، ولا خلاف أنها لا تغلظ على غير الأجداد والجدات من الأقارب.

(ص): (**وَشَرْطُ القِصَاصِ عَلَى الأَجْدَادِ أَنْ يَكُونَ القَائِمُ بِالدَّمِ غَيْرَ وَلَدِ الأَبِ**)

(**ش**): يعني: إذا اقتص من الجدِّ لإضجاعه ولد ابنه مثلا، فشرط ذلك أن يكون القائم به عصبة غير الولد؛ لأنه ليس لابن أَنْ يَقتل أَبَاه، وهكذا قال في "الْموازية" فيمن قتل زوجته وابنها ابنه؛ أنه ليس له قتل أبيه وأرى له الدية على عاقلته، وفرض المصنف المسألة في الأجداد؛ لأنه يؤخذ منه الحكم في الآباء بطريق الأوْلى، كما لو قتل رجل ابنه فليس لابنه الآخر القصاص منه، لا يقال: إن ما ذكره من هذا الشرط منافٍ لما في "الْمُدَوَّنَة"، ويكره قصاص الابن من أبيه، فإن الكراهة لا تنافي الجواز؛ لأنا نقول المراد بالكراهة المنع، وإنما عبَّر بها المصنف تبعًا " للمدونة"، وعلى المنع حملها أبو عمران وغيره[1].

(ص): (**وَلا أَثَـرَ لِفَـضِيلَة الـرُّجُولِيَّةِ والعَـدَدِ والعَدَالَـةِ والـشَّرَفِ وَسَـلامَةِ الأَعْـضَاءِ وصِـحَّةِ الجِـسْمِ، فيُقْـتَلُ الـصَّحِيحُ بِالأَجْـذَمِ، والأَعْمَـى والمَقْطُـوعُ الـيَدَيْنِ وَالـرِّجْلَيْنِ**

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٤، والذخيرة:١١/٣٩.

بَالسَّالِمِ...)

(ش): قد تقدَّم أنه لا أثر للعدد، وأما بقية المسائل؛ فلقوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] فعم؛ فلذلك قتل الرجل بالمرأة والصحيح بالمريض. وقوله: (والأعْمَى والمقطوعُ... إلخ) هو عكس الذي قبله، والمقصود: أنه كما يقتل السليم بالمعيب فكذلك العكس(١).

وقال ابن عبد السلام: وفي كلام المصنف قلب؛ لأن مقصوده قتل السالم بغيره، ولا حاجة إلى دعوى القلب.

(ص): (**وَإِذَا صَادَفَ القَتْلُ تَكَافُؤَ الدِّمَاءِ لَمْ يَسْقط بِزَوَالِهِ؛ كالكَافِرِ يُسْلِمُ، والعَبْدُ يَعْتِقُ...**)

(ش): لما تكلم على ما يمنع القصاص وما لا يمنعه، تكلم في المانع إذا حصل بعد القتل، وبيّن أنه لا عِبْرة به، كما لو أسلم الكافر بعد قتله كافرًا، أَوْ كَمَا لَوْ أعتق العبد بعد قتله عبدًا، فإن القصاص لا يسقط عنهما؛ لأن العبرة التكافؤ حالة القتل وهو حاصل، ولا يعترض عليه بِمَا أَوْصَى لوارث فصار غير وارث أو العكس، فإن العبرة بالمثال؛ لأن الوصية عقد منحل، وفي "المجموعة " في نصراني قتل نصرانيًا عَمْدًا ولا ولي له إلا السلطان ثم أسلم، قال: العفو عنه إذا صار أمره إلى الإسلام أحب إليَّ؛ لأن حرمته الآن أعظم من المقتول، ولو كان للمقتول أولياء لكان القود لهم.

(ص): (**فَلَوْ زَالَ بَيْنَ حُصُولِ المُوجِبِ وَوُصُولِ الأثَرِ كَعِتْقِ أَحَدِهِمَا أَوْ إِسْلامِهِ بَعْدَ الرَّمْيِ وقَبْلَ الإِصَابَةِ وبَعْدَ الجُرْحِ وَقَبْلَ المَوت. فَقَالَ ابنُ القَاسِمِ: المُعْتَبَرُ في الضَّمَانِ حَالُ الإِصَابَة وَحَالَة المَوْتِ، كما لَوْ رَمَى صَيْدًا ثُمَّ أَحْرَمَ ثُمَّ أَصَابَهُ فَعلَيْه جَزَاؤُهُ. وقال أَشْهَبُ وسُحْنُونُ: حَالُ الرَّمِي، ثُمَّ رَجَعَ سَحْنُونُ، فأَمَّا القِصَاصُ فَبِالْحَالَيْنِ مَعًا...**)

(ش): (زَالَ) أي: التكافؤ بين (حُصُولِ الْمُوجِبِ) أي: السبب (وَوُصُولِ الأثَرِ) أي: السبب. فقال ابن القاسم: المعتبر في الضمان - أي: ضمان دية الحر قيمة العبد - حال الإصابة والموت؛ أي: حصول السبب، كما لو رمى صيدًا أو أرسل عليه جارحًا ثم أحرم، ثم أصابه السهم أو الجارح فعليه جزاؤه، وقال أشهب وسحنون: المعتبر في الضمان حال الرمي وحال الجرح، ورجع سحنون إلى موافقة ابن القاسم، وأما

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٥، والذخيرة:١١/٤٠.

القصاص: فيعتبر في الحالين معًا؛ أي: فيشترط دوام التكافؤ من حصول السبب إلى حصول المسبب اتِّفاقًا، ولو قيل باعتبار السبب في الجرح والمسبب في مسألة الرمي ما بعد، وفي كلام المصنف إشارة إلى ترجيح قول ابن القاسم بالوجهين:

أولهما: المسألة المقيس عليها، فإن أشهب وسحنونًا ليوافقا عليها، ما أحسن الاستدلال بها[1].

وثانيهما: ما اتُّفق عليه من اعتبار حال الإصابة في القِصاص.

(ص): **(فَلَوْ رَمَى عَبْدٌ حُرًّا خَطَأً ثُمَّ أُعْتِقَ فَالدِّيَةُ عَلَى الأَوَّلِ والجِنَايَةُ في رَقَبَتِهِ عَلَى الثَّانِي)**

(ش): أي: ثم أعتق قبل الإصابة لزم الضمان على قول ابن القاسم الدية؛ لأنه حالَ الضرب كان حُرًّا، وعليه القيمة على قول أشهب؛ لأن الرمي حال كان عبدًا.

(ص): **(وعَكْسُهُ الدِّيَةُ عَلَى الأَوَّلِ وَالقِيمَةُ عَلَى الثَّانِي)**

(ش): عكس هذا الفرع لو رمى حر عبدًا ثم أعتق العبد؛ فعلى الرامي الدية على قول ابن القاسم؛ لأنه حال الإصابة كان حُرًّا، وعليه القيمة على قول أشهب؛ لأن الرامي كان عبدًا، ولا فرق في هذه المسألة بين أن يكون رمى العبد خطأً أو عَمْدًا.

(ص): **(وَلَوْ رَمَى مُسْلِمٌ مُرْتَدًّا أَوْ حَرْبِيًّا ثُمَّ أَسْلَمَ؛ فَدِيَةُ مُسْلِمٍ عَلَى الأَوَّلِ ولا شَيءَ عَلَى الثَّانِي...)**

(ش): لأن الرمية خرجت حالَ كون الرمي مهدور الدم، ووصلت إليه حال كونه معصوم الدم وتصوره ظاهر، وهو صحيح بالنسبة إلى الحربي، وأما بالنسبة إلى المرتد، فإنما يصح على قول سحنون في المرتد أنه لا شيء على عاقلته، وأما على قول أشهب فلا، كأنه يرى على قاتل المرتد الدية، واختلف على قوله هل دية مجوسي أو دية الدين الذي ارتد إليه.

(ص): **(وَلَوْ رَمَى مُرْتَدٌّ مُسْلِمًا خَطَأً ثُمَّ أَسْلَمَ؛ فَالدِّيَةُ عَلَى العاقِلَةِ عَلَى الأَوَّلِ؛ فِي مَالِهِ عَلَى الثَّانِي؛ إِذْ لا عَاقِلَةَ لِمُرْتَدٍّ...)**

(ش): هذا عكس الذي قبله. وقيل بقوله: (خَطَأً) لأنَّه لو كان عَمْدًا لقتل على القولين، فالدية على العاقلة؛ لأن القاتل كان حال الرمي مسلمًا، وكلامه ظاهر التصور.

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٦، والذخيرة:١١/٤١.

(ص): (**وَكَذَلِكَ لَوْ جَرَحَ مُسْلِمٌ نَصْرَانِيًّا أَوْ مَجُوسِيًّا، ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ تَمجَّسَ أَوْ تَنَصَّر ثُمَّ مَاتَ؛ فَدِيةُ مَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ مِنْ إِسْلامٍ أَوْ غَيْرِهِ عَلَى الأَوَّلِ ودِيَةُ مَا كَانَ عَلَيْه عَلى الثَّانِي**...)

(**ش**): (ثُمَّ أَسْلَمَ) أي: أحدهما، وهذا لأن العطف باقٍ، ووقع في بعض النسخ: (أَسْلَمَا)، وأمَّا (تَمجَّسَ أو تَنَصَّرَ) فلا يصح إلا بالإفراد؛ أي: تَمَجَّس النصراني أو تَنَصَّر المجوسي، ولا يصح تمجسهما؛ لأن معناه حينئذٍ: تمجس النصراني والمجوسي، وهو في المجوسي تحصيل الحاصل.

(ص): (**وَلَوْ قُطِعَتْ يَدُ الحُرِّ الْمُسْلِمِ ثُمَّ ارْتَدَّ مَاتَ فَالقِصَاصُ فِي القَطْعِ، وَلا قَوَدَ باتِّفَاقٍ فِيهِمَا**...)

(**ش**): أي: لو قطع رَجل يد رَجل مسلم، ثم ارتد المقطوعة يده ونَزَا في جرحه حَتَّى مات؛ وجب القصاص حين القطع؛ لحصول التكافؤ، فلا قصاص في النفس، كأنه صار إلى محل دمه فيه هدر[١].

وقوله: (فيهما) يعود على القولين، ويحتمل أن يعود على القطع وعدم القود؛ لأن القولين يتفقان في الأمرين، وهذا موافق لقوله: (فَأَمَّا القِصَاصُ فَبِالْحَالَيْنِ مَعًا).

(ص): (**فَأَمَّا مَا دُونَ النَّفْسِ فَإِبَانَةُ طَرَفٍ، وَكَسْرٌ، وَجُرْحٌ، ومَنْفَعَةٌ**)

(**ش**): لما فرغ من الكلام على النفس شرع فيما دونها، وجعل ما دون النفس أربعة أقسام؛ لأن أثر الضرب إمَّا في الذات، أو في المعنى القائم بها. الثاني: المنفعة، والأولى إمَّا أن يقع بسبب ذلك الضرب انفصال بعض الأجزاء عن بعض أو لا. والأول: إبانة الطرف، والثاني: إمَّا أن يكون الضرب هيئة لذلك الانفصال أو لا، والأول هو الكسر والثاني هو الجرح، فإن قيل: في كلامه هنا مع كلامه في أول الجراح تنافي؛ لأنه جعل الطرف بعض المقابل للنفس، وجعله في أول الجراح كل المقابل، ويمتنع أن يكون الشيء كلاً وبعضًا، قيل: تمام المقابل للنفس أولا هو الطرف، فهو أعم من أن تحصل فيه إبانة أو كسر أو جرح أو زوال منفعة، وبعض المقابل للنفس هو إبانة الطرف وهو أخص، فلا تنافي، و(كَسْرٌ، وَجُرْحٌ) وما بعده مرفوع بالعطف على إبانة[٢].

(ص): (**وَالأَمْرُ فِي الفِعْلِ وَالفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ كَالقَتْلِ**)

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٧، والذخيرة:١١/٤٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٨، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٦.

(ش): يعني: أَنَّ ما تقدَّم فِي أركان القصاص في النفس مشروع هنا فيما دونها.

(ص): (**إِلا أَنَّ مَنْ يُقْتَصُّ لَهُ فِي القَتْلِ مِنَ النَّاقِصِ لِشَرَفِهِ لا يُقْتَصُّ لَهُ مِنْهُ فِي الأَطْرَافِ عَلَى الْمَشْهُورِ. كَمَا لَوْ قَطَعَ العَبْدُ أَوْ الكَافِرُ المُسْلِمَ. وَرُوِيَ: الْمُسْلِمُ مُخَيَّرٌ. وَرُوِيَ: يَجْتَهِدُ السُّلْطَانُ. وَرُوِيَ: تَوَقَّفَ فِيْهِ. وَقِيْلَ: الصَّحِيحُ وُجُوبُ القَوَدِ...**)

(ش): ما شهره المصنف، قال الأستاذ: هو ظاهر المذهب. وقال ابن نافع ومحمد بن عبد الحكم: المسلم بالخيار إن شاء اقتصَّ أو أخذ الدية، وجعله المصنف رواية، ولعله اعتمد على قول الأستاذ، وجعل أصحابنا هذه رواية مخرجة في العبد والكافر، فقالوا: للمسلم أن يقتص منهما، وخرجوا هذه الرواية من قول مالك في النصراني يفقأ عين المسلم.

وروى ابن عبد الحكم عن مالك أنه قال: يجتهد السلطان في ذلك. والرواية بالتوقف رواها أشهب في "الْعُتْبِيَّة"، وقيل: الصحيح وجوب القود، هكذا نقل الأستاذ عن الأصحاب، قال: وهو كما قالوا أو لتأيده بالعمومات، كقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وقوله عليه الصلاة والسلام: "الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ"[(١)]. ولأنَّ في عدم القصاص من الكافر إغراء لهم على المسلمين، وتأول جماعة - وأراه ابن عبد الحكم - من اجتهاد السلطان على وجوب القود. وروى ابن القصار عن مالك القصاص. وقوله: (وَرُوِيَ: الْمُسْلِمُ مُخَيَّرٌ) قد تقدَّم أن الأصحاب خرجوا ذلك في العبد أيضًا.

(ص): (**وَتُقْطَعُ الأَيْدِي بِالوَاحِدَةِ كَالنَّفْسِ**)

(ش): لعله إنما نصَّ على هذه لئلا يتوهم أن المذهب كمذهب أبي حنيفة؛ حيث إنه قتل الجماعة بالواحد، ولا تقطع بالواحدة، وإلا فهي تؤخذ من قوله: (وَالأَمْرُ فِي الفِعْلِ وَالفَاعِلِ والمَفْعُولِ كَالقَتْلِ)[(٢)].

(ص): (**أَمَّا لَوْ تَمَيَّزَتِ الْجِنَايَتَانِ مِنْ غَيْرِ مُمَالأَةٍ اقْتُصَّ مِنْ كُلٍّ بِمِسَاحَةِ مَا جَرَحَ**)

(ش): احترز بقوله: (مِنْ غَيْرِ مُمَالأَةٍ) مِمَّا لو تمالئوا فإنهم يقطعون، وذكر أنه يقطع من كلِّ الجنايتين بمساحة ما جنى؛ أي: لا ينظر إلى تفاوت الأيدي بالغلظ مثلا، بَلْ لَوْ

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٢٧٥١) بسند حسن من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، وأخرجه ابن ماجه، برقم (٢٦٨٣) بسند ضعيف، فيه الحسين بن قيس الرحبي وهو متروك الحديث.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٩، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٧.

قطع أحدهما النصف والآخر النصف، لقطع من يد كلٍّ مِنْهُمَا النصف، وهذا ظاهر إذا كان ابتداءً أحدهما من غير الجهة التي ابتدأ الأول، وقطع باقي اليد مثلا، فإنه يبتدأ في القصاص من الجهة التي بدأ بِهَا الْجَانِي، فتأمله.

(ص): (**الْجِرَاحُ: وَفِي الْمُوضِحَةِ؛ وَهِيَ: مَا أَفْضَى إِلى العَظْمِ مِنَ الرَّأْسِ وَالْجَبْهَةِ والْخَدَّيْنِ وَلَوْ بِقَدرِ إِبْرَةٍ، وَفِيمَا قَبْلَهَا مِنَ الدَّامِيَةِ، والْحَارِصَةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تَشُقُّ الْجِلْدَ، وَالسِّمْحَاقِ؛ وَهِيَ: الكَاشِطَةُ لِلْجِلْدِ، والبَاضِعَةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تَبْضَعُ اللَّحْم؛ أَيْ: تَشُقُّهُ، وَالْمُتَلاحِمَةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تَغُوصُ فِي اللَّحْمِ كَثِيرًا مِنْ غَيْرِ مَوْضعٍ، وَالْمِلْطَاةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي يَبْقَى بَيْنَهَا وَبَيْنَ العَظْمِ سِتْرٌ رَقِيقٌ - القِصَاصُ**)

(ش): (القِصَاصُ) مبتدأ مؤخَّر (وفي الْمُوَضِحَةِ) وما عطف عليها الخبر، وليس القصاص ترجمة كما يقع في بعض النسخ، ومعنى كلامه: أنه يقتص من الموضحة وما قبلها من الجراح، والذي قبلها ستة؛ ثلاثة متعلقة بالجلد، وثلاثة متعلقة باللحم.

فأَمَّا المتعلقة بالجلد؛ فأولها الدامية: وهي التي تَسِيل منها الدم، ثم الحارصة: وهي التي تشق الجلد، ثم السمحاق: وهي التي تكشط.

وأما الثلاثة المتعلقة باللحم؛ فأولها الباضعة: وهي التي تبضع اللحم؛ أي: تشقه، ثم المتلاحمة: وهي تغوص في اللحم في عِدَّة مواضع، ثم الملطاة: وهي التي يبقى بينها وبين العظم ستر رقيق، ولم يفسر المصنف الدامية؛ لأن لفظها ينشد عن تفسيرها على أنه يمكن أن يكون مراد المصنف أن الدامية مرادفة للحارصة، وهكذا ذكر في "التنبيهات"، فقال: أولها الحارصة بحاء وصاد مهملين: وهي التي جرحت الجلد؛ أي: قطعته، وهي الدامعة بعين مهملة؛ لأن الدم ينبع منها كالدمع، ثم ذكر قولا كما فسرنا به كلام المصنف أولا، ويرجح حمل كلام المصنف على الأول، بأنه كذلك في "الجواهر"، وذكر ابن عبد البر قولا ثالثًا، فقال: أولها الحارصة، ويقال لها الحرصة: وهي حرصت الجلد؛ أي: شقته، قال، وقيل: بل الدامية، وهي تدمي من غير أن يسيل منها دم، ثم الدامعة، وهي: التي يسيل منها، وقيل: الدامية والدامعة سواء، ويقال: مِلطاء بكسر الميم بالمد والقصر، وملطاة.

وقيل: إن الباضعة والمتلاحمة مترادفتان، وقيل: الحارصة هي السمحاق، وفي هذه الألفاظ خلاف كثير من غير ما ذكرت تركته خوف الإطالة.

(ص): (**وَلا قِصَاصَ فِيمَا بَعْدَهَا مِنَ الْهَاشِمَةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تَهْشِمُ العَظْمَ، وَالْمُنَقِّلَةِ؛**

وَهِيَ: مَا أَطَارَتْ فِرَاشَ العَظْمِ وَإِنْ صَغُرَ، والآمَّةِ؛ وَهِيَ: مَا أَفْضَى إِلى الدِّمَاغِ وَلَوْ بِقَدْرِ إِبْرَةٍ، وَالدَّامِغَةُ؛ وَهِيَ: الَّتِي تَخْرِقُ خَرِيطَةَ الدِّمَاغِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: فِي الْهَاشِمَةِ القِصَاصُ إِلا أَنْ تَصِير مُنَقِّلَةً، وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لا بُدَّ أَنْ تَصِيرَ مُنَقِّلَةً)

(ش): أي: بعد الْمُوضحَة، ويحتمل بعد الجراح السابقة، ويسقط على قول ابن القاسم ذكر الهاشمة؛ لأنها لا بُدَّ أَنْ تصير منقلة عنده، و(الْمُنَقِّلَة) بكسر القاف، وحكي فيها الفتح، (فَرَاش) بفتح الفاء وكسرها، ويقال: لأن (ما) موصولة أيضًا، وفسر بعضهم الآمة بما فسر به المصنف الدامغة بالغين المعجمة.

ابن عبد السلام: والظاهر أنهما مترادفان أو كالمترادفين، وإذا قلنا بالقصاص في الهاشمة، فقال أشهب: يستقاد منه، فإن أدت إلى الهشم وإلا أخذ أرش الزائد.

محمد: وهو صواب إذا كان بذي جرح الأول موضحة ثم تهشمت، فأما إذا كانت الضربة هي التي هشمته فلا قود فيها.

اللخمي: يريد إذا رضت اللحم وهشمت ما تحتها من العظم، فأما لو كان ذلك بسيف أو سكين، فشقت اللحم فبلغت العظم ثم هشمته، فإن له أن يقتص من موضحه. انتهى[1].

وما ذكره المصنف من نفي القصاص في المنقلة هو لمالك، وبه أخذ ابن القاسم وأشهب، وهو مروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وذكر عبد الوهاب رواية ثانية بثبوت القصاص فيهما، وأقاد عبد الله بن الزبير رضي الله عنه من المنقلة، وروي أنه أقاد من المأمومة، وروي من حديث العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لا قَوَدَ في المأْمُومَةِ وَلا في الجَائِفَة ولا في الْمُنَقلَةِ"[2]. لكنهم ضعَّفوه.

(ص): **(وَفِي جِراحِ الجَسَد مِنْ الْهَاشِمَةِ وَغَيْرِهَا والظُّفُرِ وَنَحْوه القَوَدُ بِشَرطِ أَنْ لا يُعَظُمَ الخَطَرُ كَعِظَامِ الصَّدْرِ والعُنُق والصُّلْبِ وَالفَخِذِ، وَكَذَلِكَ القَطْعُ إِنْ كَانَ مَخُوفًا بِخِلافِ العَضُدِ وَالتَّرْقُوَة...)**

(ش): يريد: أَنَّ ما تقدم من عدم القصاص في الهاشمة والمنقلة والجائفة، إنما هو إذا كان في الرأس العظيم الخطر، وأما هاشمة الجسد وغيرها فذلك غير مخوف فيقاد

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٠، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٨.

(٢) أخرجه ابن ماجه، برقم (٢٦٣٧) من حديث عباس بن عبد المطلب، بسند ضعيف، فيه رشدين بن أبي رشدين المهري وهو ضعيف الحديث.

منه، ونقل في "النوادر " عن ابن القاسم وأشهب القصاص في منقلة الجسد، ونص المصنف على الظفر؛ لأن فيه خلافًا، ففي "النوادر": واختلف قول مالك في الظفر، فقال: إن كان يستطاع القصاص اقتص منه، وروى ابن وهب في "المجموعة " أن فيه الاجتهاد، و(القود) مبتدأ خبره (فِي الْجِرَاحِ) ثُمَّ بين أن القصاص مشروط بألا يعظم الخطر؛ أي: لا يكون متلفًا؛ لأنه إذا اقتص في المتلف يؤدي إلى أخذ النفس فيما دونها وهذا هو المشهور، وقال ابن عبد الحكم: يقتص من كل جرح وإن كان متلفًا، إلا ما خصه الحديث عنه من المأمومة والجائفة، وبقي على المصنف شرط آخر وهو أن تتحقق فيه المماثلة، فإن كان لا تتأتى فيه المماثلة، فلا قصاص فيه اتِّفاقًا، كبياض العين، وإن تأتت فيه المماثلة والغالب نفيها ككسر العظام، فحكى عبد الوهاب فيه روايتين، و(الْخَطَرُ) بفتح الخاء المعجمة والطاء، الجوهري: وهو الإشراف على الهلاك.

قوله: (كَعِظَامِ الصَّدْرِ) مثال لما يعظم فيه الخطر. وكذلك القطع لا قصاص فيه بخلاف العضد والترقوة ففيه القصاص[1].

ابن عبد السلام: قال غير واحد، ولا بُدَّ من جراح العمد من تأديب القاضي للجارح، اقتص منه أو لم يقتص.

عياض: والترقوة بفتح التاء وضم القاف، وهو عظم أعلى الصدر المتصل بالعنق.

(ص): (وَإِذا بَرِئَ العَظْمُ الْخَطِرُ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ فَكَالْخَطَأ فَلا شَيْءَ فِيهِ سِوَى الأَدَبِ فِي العَمْدِ، بِخِلافِ العَمْدِ فِي غَيْرِه، فَإِنَّه يُقَادُ مِنْهُ وَإِنْ بَرِئَ على غير عثم..)

(ش): العثم بالعين المهملة والثاء المثلثة المفتوحة العين، هكذا رأيت مضبوطًا بفتح الثاء في نسخة صحيحة من الصحاح، وقال عياض: العثم والعثل بالميم واللام والعين المهملة المفتوحة والثاء المثلثة مفتوحة مع اللام ساكنة مع الميم كلاهما بمعنى؛ وهو الأثر والشين؛ يعني: أن ما لا قصاص فيه لخطره لو برئ على غير عثم فلا شيء، أَمَّا القصاص فلما تقدم أنها مخوفة، وأما العوض فلأن الشرع لم يسم فيه شيئًا، وكل ما لا تسمية فيه، فإنما هو بحسب الشَّين، والفرض أنه لا شين، نعم يؤدب القاضي المتعمد لتعديه.

وقوله: (بِخِلافِ العَمْدِ فِي غيره) أي: غير الخطر، وهو ظاهر.

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢١، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٩.

(ص): (ويُقْتَصُّ فِي اليَد، والرِّجْلِ، وَالعَيْنِ، وَالأنْفِ، وَالأذُنِ، والسِّنِّ، وَالذَّكَرِ، وَالأجْفَانِ، والشَّفَتَيْنِ...)

(ش): لقوله: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ إلى قوله: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة:٤٥] وجمع الأجفان وثنَّى الشفتين وأفرد ما قبلهما؛ لأن اليد وما بعدها متقاربة في المنفعة؛ لأنه اتفق على تساوي اليدين وما بعدهما في الدية، وليوافق في العين وما بعد نص الآية، وثنَّى الشفتين ليبين تساويهما؛ لأن ابن المسيب يعضد السفلى كما سيأتي، وجمع الأجفان لتعددهما وليبين تساويهما، فقد روي عن الشعبي في أحد قوليه أن في الأسفل ضعف ما في الأعلى، وعكس مكحول.

(ص): (وَفِي اللِّسَانِ رِوَايَتَانِ وَفِيهَا: إِنْ كَانَ مُتْلفًا لَمْ يُقَدْ مِنْهُ)

(ش): الروايتان مبنيتان على خلاف في تحقيق: هل القصاص منه خطر أو لا، وما ذكره عن "الْمُدَوَّنَة": الظاهر أنه غير متلف فيه[1].

ابن عبد السلام: وظاهر "الْمُدَوَّنَة" خِلاف ما حكاه المؤلف عنها، ففيها: وسمعت أهل الأندلس سألوا مالكًا عن اللسان إذا قطع وزعموا أنه ينبت، فرأيت مالكًا يصغي إلى أنه لا يعجل حتى ينظر إلى ما يصير، إذا كان القطع منعه الكلام، قلت: في الدية أو القود؟ قال: في الدية، وهذا الترديد إنما هو في مسألة أخرى، هل ينتظر بالدية إلى البرء أم لا، وكذلك بالقود عند بعض الشيوخ، لا في أنه متلف. انتهى، وفيه نظر؛ لأن فيها قبل هذا: وفي اللسان القود إذا كان يستطاع منه القود ولم يكن متلفًا مثل الفخذ والمنقلة والمأمومة وشبه ذلك، وإن كان متلفًا لم يقد منه.

(ص): (وَفِيهَا: فِي رَضِّ الأنْثَيَيْنِ أَخَافُ أَنْ يَكُونَ مُتْلِفًا، وَمَا أَدْرِي مَا قَوْلُ مَالِكٍ فِيهِ)

(ش): هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: (فِيْهَا: في رَضِّ الأنْثَيَيْنِ) وهي أحسن؛ لأنها كذلك في "التهذيب"؛ لأنه نص في "الْمُدَوَّنَة" على وجوب القصاص في إخراجهما.

(ص): (وَفِي كُلِّ بَيْضَةٍ نِصْفُ الدِّيَة بِغَيْرِ تَفْصِيلٍ)

(ش): هذه المسألة والتي بعدها لا تناسب ما تكلم فيه المصنف؛ لأنه إنما تكلم

---

(١) انظر: التاج والإكليل:٣٢٢/١١، وحاشية الصاوي: ٣٤٠/٩.

فيما يقتص منه، وإِنَّمَا يناسب الكلام على الديات، ونَبَّه بقوله: (بِغَيْرِ تَفْصِيلٍ) على قول ابن المسيب في اليسرى نصف الدية، وفي اليمنى الثلث، قيل له: لمة؟ قال: لأن اليسرى إذا ذهبت لم يولد له، وإذا ذهبت اليمنى ولد له، وعلى ما حكاه ابن حبيب أن في اليسرى الدية كاملة، وهو أشهر عند المذهب من قول ابن المسيب، حتى أن بعضهم نسبه لابن حبيب، والصحيح أنه نقله ولم يسم قائله، وأبعد من قال أن المصنف أشار بعدم التفصيل إلى أنه لا فرق بين أن يتقدم قطعها عن الذكر أو يتأخر عنه، وسيتكلم على ذلك في فصل (الديات).

(ص): (وَالشَّفَتَانِ كَذَلِكَ. وَقَالَ ابْنُ الْمُسَيِّبِ:فِي السُّفْلَى ثُلُثُ الدِّيَةِ)

(ش): علل ابن المسيب ذلك: بأن السفلى أحمل للطعام، ورد عليه في "المجموعة " بأن العليا أشد، كما لو قيد ابن شعبان في الشفة التي يجب بذهابها الدية كل ما زال جلد الذقن والخدين من أعلى أو أسفل مستدير بالفم، وهو كل مرتفع من اللثات.

الباجي: وما كان في الجانبين فذلك الشدقان، فإن اتسعت الشفة ولم تظهر هناك مباينة أحد الجانبين للآخر ففيها حكومة، وإن ظهرت فيجب من ديتها بقدر ما ظهر؛ لأنه في معنى النقص، فإن نقص مع ذلك شيء من الكلام أعطي على أكثر الأمرين ما نقص من الشفتين من الكلام، قاله في "المجموعة"، وقال: هذا الأصل يجب له ما نقص من كلٍ واحد منهما[1].

(ص): (وَإِذَا قَطَعَ مِنْ لَحْمِهِ بِضْعَةً فَفِيْهَا القِصَاصُ)

(ش): وفي نسخة (قَطَعَهَ) ومعناهما واحد. وقوله: (فَفِيهَا) البضعة، ويحتمل في "الْمُدَوَّنَة" بعدم موجب نسبة هذه المسألة " للمدونة"، وبضعة اللحم بفتح الباء لا غير، وأما في العدد، فيقال: بضع وبضعة بفتح الباء وكسرها فيهما.

(ص): (وَفِي ضَرْبَةِ السَّوْطِ القَوَدُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَلا قِصَاصَ فِي اللَّطْمَةِ)

(ش): المشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة"، والشاذ أيضًا فيها؛ لأنه لا قود فيها كاللطمة، والفرق على المشهور بين اللطمة وضربة السوط.

عيسى: إلا أَنْ يُقال الأصل أنه لا قصاص إلا في الجراح؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ

---

(١) انظر: التاج والإكليل:٣٢٣/١١، وحاشية الصاوي: ٣٤١/٩.

قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] واللطمة لا جرح فيها، والخلاف في السوط مبني على أنه يستلزم الجرح غالبًا أو لا يستلزمه.

ابن عبد السلام: والمشهور أن الضرب بالعصا لا قود فيه.

(ص): **(وَأَمَّا الْمَعَانِي كَالسَّمْعِ وَالبَصَرِ؛ فَإِنْ كَانَ ذَهَابُهُ بِسِرَايَةِ مَا فِيهِ القِصَاصُ كمُوضِحَةٍ اقْتُصَّ لَهُ فِيهَا. فَإِنْ ذَهَبَ اسْتَوْفَى وَإِلا فَعَلَيْهِ دِيَةُ ما لم يَذْهَبْ...)**

(ش): لما فرغ من الضرب والكسر والجرح تكلم على المعنى ومثله بالسمع والبصر، وأدخل كاف التشبيه؛ ليدل على عدم الحصر، ليدخل فيه الذوق والشم وغيرهما[1].

وقوله: (ذهابُهُ) عائد على المعنى؛ أي: فإن كان ذلك المعنى بسبب جرح فيه القصاص سَرَى إلى تلف ذلك المعنى، كما أوضحه موضحة عمدًا ذهب منها بصره، ويقتص من الجاني بمثلها، فإن ذهب بصره فقد حصل المطلوب، وإن لم يذهب وجبت دية البصر للمجني عليه.

(ص): **(قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: فِي مَالِهِ. وَقالَ أَشْهَبُ: عَلَى عَاقِلَتِهِ)**

(ش): أي: دية ما لم يذهب فيه ماله، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة"، وروى أشهب أنه من العمد الذي يتعدد القصاص بما شبه الجائفة.

(ص): **(وَكَذَلِكَ السِّرَايَةُ إِلَى يَدٍ أَوْ رِجْلٍ أَوْ غَيْرِهما. وَلا قِصَاصَ فِي أَشْفَارِ العَيْنَيْنِ وَالْحَاجِبَيْنِ وَاللِّحْيَةِ وَهُوَ كَالْخَطَأِ إِلا الأدَبَ...)**

(ش): أي: مثل السراية إلى المعنى السراية إلى الضرب، كما لو جرحه في كتفه فشلت يده، وهو ظاهر في أشفار العينين والحاجبين واللحية، وهو كالخطأ وعَمد الأدب؛ لأن هذه ليست جراحًا وَإِنَّما ورد القصاص في الجراح.

خليل: والمراد إذا زال الشعر لا لحم الحاجب، ومعنى كلامه: أنه إذا لم ينبت الشعر ففيه حكومة ولا قصاص في عمد الأدب والخطأ، نعم يؤدب في العمد وهذا هو المشهور. وقال أشهب وأصبغ: في ذلك القصاص، وفي إزالة شعر الرأس.

وعن المغيرة في الرجل ينتف لحية الرجل، أو رأسه، أو شاربه، أو بعض ذلك منه عَمْدًا؛ فلا قود فيه، وفيه الأدب بالاجتهاد؛ لاختلاف عظم الخطر فيها، ولو نتف جميع

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٤، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٢.

اللحية والشارب فأقدته منه؛ لكان ذلك أقرب إلى الصواب، أن تكون لحية بلحية وشارب بشارب، وأَمَّا إن نتف بعض ذلك فليس إلا الأدب.

قال في "النوادر": وأعرب أصبغ فيما أحسب أن القصاص فيه بالوزن، وعاب ذلك غيره لاختلاف اللحية للصغر والكبر. وقال الباجي: لو قيل يقتص من الرأس، وباللحية لكان صوابًا[1].

(ص): (وَفِيْهَا: إِذَا ذَهَبَ البَصَرُ بضَرْبَةٍ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ؛ إِنْ كَانَ يُسْتطَاعُ القَودُ مِنَ البَيَاضِ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ أُقِيدَ، وَإِلا فَالعَقْلُ...)

(ش): نسبها " للمدونة " لإشكالها؛ لأن القياس أن يضرب كما ضرب، وإن آل إلى الحساب عينه، وذكر أبو عمران أنه يقاد من العين التي ذهب بصرها بجناية وهي قائمة، قال: وأرفع ما في ذلك أَنَّ عثمانَ رضي الله عنه أتي برجل لَطَم عين رجل فذهب بصره وعينه قائمة، فأراد عثمان بقيده فأعيى ذلك عليه وعلى الناس، حَتَّى أتى عليًّا رضي الله عنه، فأمر بالمصيب فجعل على عينه كرسف، ثم استقبل به عين الشمس وأدنيت من عينه مرآة فالتمع بصره وعينه قائمة، وروي: أَنَّ عليًّا رضي الله عنه، أمر بمرآة فأحميت ثُمَّ أدنيت قطعت عينه وبقيت قائمة مفتوحة.

(ص): (وَلَوْ شَلَّتْ يَدُهُ بِضَرْبِه ضُربَ مِثْلَهَا، فَإِنْ شَلَّتْ وَإِلا فَالعَقْلُ فِي مَالِه)

(ش): تصوره ظاهر، وأطلق المصنف بقوله: (**ضُرِبَ مثلها**) تبعًا " للمدونة"، وقيده أشهب، فقال: هذا إذا كانت الضربة بجرح فيه القود، وإن ضربه على رأسه بعصا فشلت يده؛ فلا قود فيه وعليه دية اليد.

(ص): (وتُشْتَرطُ المُمَاثَلَةُ فِي المَحَلِّ والقَدْر والصِفَةِ، وَلا تُقْطَعُ اليُمْنَى باليُسْرَى، ولا بالعَكْس، واليَدُ والرِّجْلُ والعَيْنُ سواءٌ، ولا السَّبَّابَةُ بالوُسْطَى ، ولا الثَّنِيَّة بالرَّبَاعِيَةِ، وَلا العُلْيَا بالسُّفْلى، وَتَتَعَيَّنُ عِنْدَ عَدَمِهِ الدِّيَة...)

(ش): يعني: أنه لا بُدَّ من المماثلة في أمور ثلاثة؛ وهي: المحل، والقدر، والصفة؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤].

قوله: (وَلا تُقْطَعُ اليُمْنَى بِاليُسْرَى) راجع إلى اتِّحاد المحل، ثم بين أنه لا فرق في ذلك بين اليد والعين من الرجل؛ لينبه على قول الحسن بن حي: أنه تؤخذ العين

(١) انظر: التاج والإكليل:٣٢٥/١١، وحاشية الصاوي: ٣٤٣/٩.

اليسرى باليمنى لا العكس. والرباعية بفتح الراء مخفف الياء، الجوهري: كالثمانية، وهي بين الثنية والنياب. وقوله: (وتَتَعَيَّنُ عِنْدَ عَدَمِهِ) أي: محل الجناية، ويحتمل أن يعود على المماثل المفهوم من المماثلة، وإذا تعذر القصاص وجب المصير إلى الدية، كما إذا عدم المثل في المثليات، فإن القيمة تتعين، والدية هنا في مال الجاني اتفاقًا؛ لأن الجناية عمدًا[1].

(ص): (**فَإِنْ قُطِعَتْ بَعْدَ جِنَايَتِه بِسَمَاوِيّ أَوْ سَرِقَةٍ أَوْ قِصَاصٍ لِغَيْرِهِ؛ فَلا شَيْءَ لِلمَجْنِيّ عَلَيْهِ...**)

(ش): يعني: إذا قطع رجل يمنى آخر، ثم قطعت يد الجاني بأحد الوجوه التي ذكر؛ فقد سقط حق المجني عليه؛ لأن حقه إنما كان في القصاص، وإذا تعذر لتعذر محله بطل حقه، وهذا بين على المشهور أنه لا حق للمجني عليه إلا في القصاص، وأما على قول أشهب أن الواجب التخيير في ذلك أو الدية بحث، وفي بعض النسخ، بغير جناية المجني عليه إذا قطعها فقد استوفى، وفي بعض النسخ: (بِغَيْرِ جِنَايَةِ أَجْنَبِيّ)، واحترز بذلك بقطعها من جناية أجنبي، فإن للمجني عليه أولا أن يقتص مِنَ الْجَانِي ثانيًا على المشهور كما تقدم.

(ص): (**وَكَذَلِكَ لَوْ قَطَع جَمَاعَة فَلَيْسَ لَهُمْ إلا قَطْعُهُ لَهُمْ أو لأَحَدِهِمْ، كَمَا لَوْ قَتَل جَمَاعَةً فَلَيْس لَهُمْ إلا قَتْلُهُ وَنَحْوَ ذَلِكَ، فَلَوْ قَتَلَ رَجُلَيْنِ فَصَالَحَهُ أَوْلَياءُ أَحَدِهِمَا عَلَى مَالٍ فَلأَوْلِيَاءِ الآخَرِ قَتْلُهُ...**)

(ش): يعني: ومثل ما تقدَّم أن الجاني لا شيء عليه بعد القطع لو قطع جماعة وقاموا فإنه يقطع لهم، وكذلك إذا قام أحدهم ولو كان آخرهم جناية فقطع له؛ فلا شيء للباقي.

وشبه المصنف ذلك بالقتل. وقوله: (لأحدهم) فيه تكرار مع قوله: (القصاص لغيره) إنما يتمشى على القول بأنه ليس لهم إلا القصاص، وأما على قول مَنْ يَرَى لهم الخيار في ذلك في الدية، فقال ابن عبد السلام: إذا تعمد القاضي قتله لأحدهم فقد منع الباقين من أخذ الدية، في تضمينه حينئذٍ ما منعهم منه نظر، ولا سيما من مذهبه التخيير فتأمله[2].

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٦، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٤.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٧، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٥.

(ص): (**وَفِي اعْتِبَارِ الْقَدْرِ بِالْمِسَاحَةِ أَوْ بالنِّسْبَةِ إِلى قَدْرِ الرَّأْسَيْنِ قَوْلان لابْنِ الْقَاسِم وأَشْهبَ، وَعَلَيهِما لَوْ كَانَت الشَّجَّةُ نِصْفَ رَأْسِ الْمَشْجُوجِ وَهِيَ قَدْرُ رَأْسِ الشَّاجِّ، وَلا تكْمُلُ بِغَيْرِ الرَّأْسِ اتِّفَاقًا...**)

(ش): لما ذكر أنه لا بُدَّ من المماثلة في القدر أخذ يبينه وذكر أن ابن القاسم يعتبره بالمساحة، وهذا مذهب "الْمُدَوَّنَة"، فيقتص في طول الجرح وقصره، وصوَّبه ابن رشد، لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وذكر أن أشهب اعتبر القدر بالمساحة؛ يعني: النسبة، فيجرح ربع الرأس بالربع والثلث بالثلث كذلك، ورجع إليه ابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة".

ابن المواز: وبه أقول. وذكر ابن المواز أن ابن القاسم خالف في قوله الأول أصحابه والعلماء قبله، وبقية كلام المصنف ظاهر، وإنما لم يكمل بغير الرأس اتِّفاقًا؛ لأنه تعتبر المماثلة بالمحل، وقال مالك فِيمَن قطع بعض أصبع وأصبعه أطول؛ فلا يقطع بقدره، ولكن إن كان قدر ثلث أصبع قطع من أصبع الآخر مثله، وكذلك في القصاص في الأنملة، قال أبو عمران: يحتمل أن يكون ابن القاسم مثل في هذه الرواية أشهب، ويرى فيه كما يرى في الجرح أنه يقاس، ولم يوجد عنه نص فيهما.

(ص): (**وَلَوْ زَادَ الطَّبِيبُ الْمُقْتَصُّ عَلَى مَا اسْتُحِقَّ فَكَالْخَطَأِ**)

(ش): فإن كان أنقص من الثلث ففي ماله، وإلا فعلى العاقلة، أما لو زاد عمدًا اقتص منه، فإن قيل: فإذا قصت زيادة الطبيب، يلزم منه أن يكون المصنف شبه الشيء بنفسه، قيل: شبه الخطأ المستند إلى عمد ما دون فيه بالخطأ المحض، فلا يلزم ما ذكرت، وما ذكرناه من الاقتصاص من الطبيب المتعمد نص عليه الشيوخ، إلا أنه لا يمكن في غالب الحال؛ لأن زيادته إنما تكون بعد ما أذن فيه، فإذا طلب القصاص من الطبيب لم يصل إليها منه إلا بعد تقدم جرح، وقد لا يكون جرح أحدًا فضلا عن الأدب، فيتعذر القصاص، غير أنه إن برئت الزيادة على غير عثم وجب أدبه فقط، وإلا وجب الأدب مع الحكومة في ماله، هذا خطأه بزيادة، وأما خطأه بالنقصان ففي "المجموعة " عن ابن القاسم: لا يرجع فيقتص له من حقه؛ لأنه قد اجتهد له، وكذلك الأصبع يخطئ فيها بأنملة، ولا يقاد مرتين، وعنه في "الْمَوَّازِيَّة" و"الْعُتْبِيَّة": إن علم بمضرة ذلك قبل أن يبرأ وينبت اللحم أتم ذلك عليه وإلا فات، ولا شيء له في تمام ذلك ولا دية.

قال أصبغ: إن قص يسيرًا فلا يعاود، وإن كان في موضعه قبل البرء وبعده، وإن كان كثيرًا فإن كان يصوره اقتص له تمام حقه، وإن كان برئ وأخذ الدواء فلا يرجع إليه برئ أو لم يبرأ، ويكون في الباقي العقل، كان هو ولي القصاص أو من جعله إليه السلطان.

(ص): (**وَلا تُقْطَعُ الصَّحِيحةُ بِالشَّلاءِ العَدِيمَةِ الْمَنْفَعَةِ اتِّفَاقًا وَإِن رَضِيَا، وَكَذَلِكَ العَكْسُ. وَقِيْلَ: يُخَيَّرُ الْمُسْتَحِق...**)

(ش): لأن الصحيحة ليست كالشلاء، فلذلك لا تقطع الصحيحة بها، ولو رضي الجاني بأن يسلم يده الصحيحة لم يكن له ذلك، وهو بمنزلة من أسلم يده لرجل ليقطعها من غير موجب، وكذلك لا يجوز، وفي بعض النسخ: رضيا، فيعود على الجاني والمجني عليه، وما ذكره المصنف من تقييده الشلاء بالعديمة النفع. ابن عبد السلام: نحوه لأشهب، وحملوا على قوله على الوفاق[1]. انتهى.

والذي في "النوادر " عن ابن القاسم وأشهب في أشل اليد والأصبع يقطعها أنه لا قصاص فيها، وكذلك إن شل بعضها؛ إذ لا يقدر أن يقاد له بقدر ما بقي، ولكن له من الدية بقدر ما بقي بالاجتهاد، قيل: وقول ابن عبد السلام أنهم حملوا قول أشهب على الوفاق وهمٌ، فإن هذا إنما ذكره أشهب في العكس، وهو قطع الشلاء بالصحيحة؛ لأن الشلاء كالعدم، وهي كنوع آخر. وقيل: يخير المستحق في القصاص وتركه وأخذ الدية، وهذا رواه يحيى في "الْعُتْبِيَّة". قال في "البيان": والأول مذهب "الْمُدَوَّنَة"، ولأشهب ثالث: أنه ليس له أن يقتص إن كان جل منفعتها قد ذهب.

(ص): (**وَفِيْهَا: وَلَوْ قَطَع أَقْطَعُ الكَفِّ اليُمْنَى يَمِينَ رَجُلٍ مِنَ الْمِرْفَقِ؛ خُيِّر المَجْنِيُّ عَلَيْهِ فِي القِصَاصِ وَالدِّيَةِ، وَلَوْ كَانَ الْجَانِي أَشَلَّ تَعَيَّنَ العَقْلُ...**)

(ش): لعله نسبها " للمدونة " إشارة إلى معارضة هذه المسألة التي قبلها؛ لأن يد الجاني ناقصة في الصورتين، ولهذا قال: ولو كان الجاني لا يقتص منه، وأما قطع الكف ببقية ساعده بعض حق المقطوعة يده، فله أخذه.

(ص): (**وَأَمَّا مَا فِيْهِ نَفْعٌ فَكَالصَّحِيحَةِ مِنْ غَيْرِ أَرْشٍ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ كَانَ الأَكْثَرُ بَاقِيًا**)

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٢/٩.

(ش): هذا مقابل قوله أولا: العديمة النفع، وحاصله: أنه في المشهور اعتبر مطلق النفع واعتبره أشهب بقيد الأكثر، وتأمل هذا مع قوله في "البيان": لا خلاف إذا كان جل منفعتها قائمة أن المجروحين بالخيار بين أن يستفيد منها بنقصانها وبين أن يأخذ عقلها، وعلى هذا فاليد الذي فيه نفع على قسمين؛ إذا كان الجل قد ذهب فهو محل خلاف، وإن كان الجل باقيًا فهو محل اتفاق، هذا فيما إذا كانت اليد هي الجانية، وأما إن كان المجني عليها؛ فلا قصاص من الصحيحة.

(ص): **(وَالذَّكَرُ الْمَقْطُوعُ الحَشَفَةِ كَالأَقْطَعِ الكَفِّ)**

(ش): يعني: إذا قطع صاحب ذكر مقطوع الحشفة ذكر سالمها؛ خير المجني علي بين القصاص من الذكر المقطوع الحشفة وبين أخذ دية ذكره الصحيح، كما تقدم إذا قطع أقطع الكف يد شخص صحيحة من المرفق[1].

(ص): **(وَعَيْنُ الأَعْمَى وَلِسَانُ الأَبْكَمِ كَالْيَدِ الشَّلاءِ عَلَى الْمَشْهُورِ فَحُكُومَةٌ، وَإِنْ كَانَ اقْتَصَّ لَهُمَا أَوْ أَخَذَ العَقْل...)**

(ش): في بعض النسخ: على المشهور، وسقط ذلك من بعضها، وهي الصواب، وفي ثبوتها قلق جدًّا؛ لأنك إما أن تحمل كلامه على أن صاحب اللسان الأبكم والأعمى جانيان أو مجنيًا عليهما، فعلى أنهما جانيان يكون معنى كلامه: أن الأعمى والأبكم إذا جنيا على صحيح؛ فالمشهور لا يكون للصحيح عليهما إلا العقل، ومقابل المشهور أن الصحيح مُخَيَّر في العقل والقصاص، والفرق على الشكِّ بين ذلك واليد الشلاء، أن في عين الأعمى جمالا، وفي لسان الأبكم الإحساس والذوق، وعلى هذا الخلاف راجع إلى المشبه به، ويحتمل على هذا أن يرجع إلى المشبه والمشبه به، ويكون كرره للخلاف في اليد الشلاء ليعين المشهور إذ لم يعينه أولا، وقد نص في "البيان " على أن لعين الأعمى كاليد الشلاء إذا جنيا على الصحيح في دخول الخلاف، لكن يرد على هذا كله قوله: (فحكومة) لا يبقى له وجه؛ لأن الحكومة إنما تجب في الجناية على الأعمى والأبكم والأشل في جنايتهما، وإن حملنا كلامه على أن الأعمى والأبكم مجني عليهما؛ فيكون في لسان الأبكم وعين الأعمى حكومة على المشهور، فيقتضي هذا أن الشاذ فيهما دية، ولا يعلم هذا في المذهب. قوله: (وَإِنْ كَانَ اقْتَصَّ...

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٦٣.

إلخ). هو مبالغة على المشهور، وهو ظاهر.

(ص): **(وَتُقْطَعُ اليَدُ النَّاقِصَةُ أَصْبُعًا بِالْكَامِلَةِ، وَلا دِيَةَ للأصْبُعِ عَلَى الْمَشْهور، فَإِنْ كَانَ أَكْثَر مِنْ أَصْبُعٍ خُيِّرَ بَيْنَ القِصَاصِ وَالعَقْلِ تَامًّا، وقَالَ أَشْهَبُ: يَتَعَيَّنُ العَقْلُ...)**

(ش): يعني: أن من كان له أصبع مقطوع من يد قطع يدًا صحيحة، فإن المجني عليه يقتص من اليد الناقصة، واختلف بما يكون له عوض عن ذلك النقص، وهو لمالك أولا وهو المشهور، وهو لمالك أيضًا، ولابن القاسم ثالث في "الْموازية" أن المجني عليه يُخَيَّر إما أن يقتص بغير دية الأصبع، وإما أن يأخذ عقل يده، فلا قصاص[1].

قوله: (فَإِنْ كانَ أَكْثَرَ) أي: إن كان النقص أكثر من أصبع كأصبعين أو ثلاثة؛ فمذهب "الْمُدَوَّنَة" أنه مخير بين أن يأخذ العقل تامًّا أو يقتص. وقال أشهب وعبد الملك: ليس له إلا العقل، وفي "الْعُتْبِيَّة"، قول ثالث: أنه تقطع كف تلك ويكون عليه عقل الأصبعين، غير أن قول المصنف: (فإن كان النَّقص أكثر) يدخل فيه أربع أصابع والمنصوص أصبعان أو ثلاثة، لكن لفظة البيان كلفظ المصنف.

ابن عبد السلام: المستحسن عندي مذهب "الْمُدَوَّنَة" في الأصبعين ومذهب أشهب نفي القصاص مطلقًا، وإنما أربعة أخماس دية اليد، والأنملتان كالأصبع في الثلاثة.

(ص): **(فإِنْ كَانَتِ النَّاقِصَةُ يَدَ المَجْنِيِّ عَلَيه؛ فَإِن كَانَ أَصْبُعًا فَثَلاثَةٌ لابنِ القَاسِمِ وَأَشْهَبَ وَالْمُغِيرَةِ، ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ غَيْرَ الإِبْهَامِ اقْتُصَّ مِنْهُ...)**

(ش): قد علمت أن القول الثالث يدل على الأولين، وأن الأول من الأقوال للأول من القائلين، فمذهب ابن القاسم القصاص، سواء كان الأصبع الناقص هو الإبهام أو غيره، وهو قوله في "الْمُدَوَّنَة". ومذهب أشهب نفي القصاص مطلقًا، وإنما أربعة أخماس دية اليد، والأنملتان كالأصبع في الثلاثة، كأن الأقل يتبع الأكثر، واستحسن في الأنملة القصاص ابن المواز، واختلف قوله فيه، وتصور الثالث ظاهر، ونسبه المصنف للمغيرة، وإنما رأيته منسوبًا لابن الماجشون.

(ص): **(وَإِنْ كَانَ أَصْبُعَيْنِ فَلا قِصَاصَ اتِّفَاقًا)**

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٤/٩.

(ش): يعني: وإن كان يد المجني عليه ناقصة الأصبعين لم يقتص له من الكاملة اتِّفاقًا، وَإِنَّمَا له ثلاثة أخماس دية اليد، وهكذا حكى ابن المواز اتفاق مالك وأصحابه على هذا.

(ص): (**وَلَوْ قُطِعَ مِنَ الْمِرْفَقِ لَمْ يَجْزُ مِنَ الكُوعِ وَإِنْ رَضِيَا**)

(ش): لأن المماثلة في المحل شرط، وهو خلاف قوله: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولو جاز هذا لجاز أن يقطع غير القاطع مع الرضا.

(ص): (**وتُؤْخَذُ العَيْنُ السَّلِيمَةُ بِالضَّعِيفَةِ خِلقَةً أَوْ مِنْ كِبَرٍ**)

(ش): لأنه كما يقتص للضعيف بالضعيف من القوي، فكذلك يقتص للعين الضعيفة من السالمة؛ ولأنا لو شرطنا التساوي في العوضين أدَّى ذلك إلى عدم القصاص غالبًا؛ لعدم تحقيق مساواتهما[1].

(ص): (**فَإِنْ كَانَ مِنْ جُدَرِيٍّ أَوْ رَمْيَةٍ أَوْ شِبْهِهَا فَلا قَوَدَ. وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: إِنْ كَانَ فَاحِشًا، وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: إِنْ كَانَ يَنْظُرُ بِهَا ثُمَّ أُصِيبَ عَمْدًا فَالقِصَاصُ، وَإِنْ كَانَ أَخَذَ لَهَا عَقْلا، بِخِلافِ الْخَطَأِ...**)

(ش): الجوهري: في فصل الجيم مع الذال المعجمة: الجدري بضم الجيم وبفتح الدال وبفتحهما لغتان، يقال: منه جدر الرجل فهو مجدر، يعني: وإن كان الإبصار بطارئ على العين من جدري أو رمية، أو قرحة، أو غير ذلك؛ فلا قود فيها، وفيها: يحسب ما بقي. وقيد ابن الماجشون نفي القصاص بما إذا كان النقص فاحشًا، قال: وأما النقص اليسير فله النقصان.

وفرق ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة": بأن أصيبت عمدًا فله القصاص ولو أخذ لها أولا عقلا، وإن أصيبت خطأ فَلَيْسَ له إلا بحساب ما بقي، ووقع في بعض النسخ قول ابن الماجشون مُقَدَّمًا على قول ابن القاسم، والنسخة الأولى أظهر.

(ص): (**وَلَوْ فَقَأَ صَحِيحُ العَيْنَينِ عَيْنَ الأعْوَرِ، فَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ شَاءَ اقتُصَّ أَوْ أَخَذَ دِيَتَهَا أَلْفَ دِينَارٍ مِنْ مَالِهِ، وَقَالَ بِهِ الْخُلَفَاءِ الأَرْبَعَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ...**)

(ش): تصوره ظاهر، واستشكل تخيير مالك هنا بين القصاص والدية مع أن مشهور مذهبه تحتم القصاص في العمد، وأجيب بأن الموجب للتخيير هو عدم

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٦٥.

المساواة؛ لأن عين المجني عليه ديتها ألف دينار بخلاف عين الجاني، فكان كمن كفه مقطوعة وقطع يد رجل من المرفق، ولم يرتض بعضهم هذا الجواب وجعل وقولا ثالثًا بالجراح بالتخيير من هنا، والأقرب هنا الفوات الأول، ولا حاجة إلى هذا الإلزام، فإنه قد نقل عن مالك قول بالتخيير صريح[1].

قوله: (وَقَالَ بِهِ) أي: تكون ديته ألف دينار من ماله، ولم يرد أنهم قالوا بالتخيير.

(ص): (**فَلَوْ فَقَأَ الأعْوَرُ مِنْ ذِي عَيْنَين مِثْلَهَا لَهُ؛ فَإِنْ شاءَ اقْتَصَّ أَوْ أَخَذَ أَلْفَ دِينَارٍ دِيَةَ مَا تَركَ وَإِلَيْهِ رَجَعَ. وَعَنْهُ: خَمْسُ مِائة دِينارٍ، وَعَنْهُ: القِصَاصُ فَقَطْ...**)

(**ش**): هذه عكس التي قبلها، ومعناها: إذا فقأ الأعور لصاحب عينين مثل العين الباقية له، في المسألة لمالك ثلاثة أقوال:

الأول: للمجني عليه أن يقتصّ من عين الأعور، وله أن يأخذ دية عينه خمس مائة دينار.

الثاني: وإليه رجع مالك: أنه يخير الجاني بين القصاص وبين دية عين الأعور ألف دينار، وهذان القولان في "الْمُدَوَّنَة".

والثالث: رواه أشهب في "الْمَوَّازِيَّة": ليس إلا القصاص، واستشكل أيضًا قول مالك بالتخيير هنا كما استشكلوه في المسألة السابقة، وأجيب أنا إنما خيرنا الصحيح هنا؛ لأنه إن قصد القصاص فهو له؛ لأن الفرض أَنَّ للأعور مثل ما فقأ، وإن قصد الدية فقد دعا إلى الصواب، ورد بأنه يلزم منه إجبار القاتل على الدية؛ لأن أولياء المقتول دعوا أيضًا إلى الصواب.

(ص): (**وَلَوْ فَقَأَ الَّتِي لا مِثْلُهَا لَهُ؛ فَنِصْفُ دِيَةٍ فَقَطْ فِي مَالِهِ**)

(**ش**): يعني: ولو فقأ الأعور الصحيح العين التي ليست له، فعليه نصف دية فقط، ولا خلاف في ذلك؛ لتعذر القصاص فيه لانعدام محله؛ ولأن ديتها خمس مائة. وقوله: (فِي مَالِهِ) أي: في مال الأعور؛ لأنه جناية عمد، وإنما امتنع القصاص لعمدها في حقه.

(ص): (**وَلَوْ فَقَأَ عَيْنَي الصَّحِيحِ فَالقِصَاصُ وَنِصْفُ الدِّيَةِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ فَقَأَهُمَا فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ وَبَدَأَ بِالْمَعْدُومَةِ، فَأَمَّا لَوْ بَدَأَ بِالَّتِي مِثْلُهَا له ثُمَّ ثَنَّى بِالأُخْرَى فَهُمَا كَالْمُتَقَدِّمَتَينِ...**)

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٦/٩.

(ش): أي: ولو فقأ الأعمى عيني الصحيح، فقال ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة": يقتص للمجني عليه من عين الأعور، ويأخذ نصف الدية للعين الأخرى، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون فقأهما في دفعة واحدة أو بدأ بالتي ليست له، وأما لو بدأ بالتي مثلها له؛ فعليه القصاص وألف؛ لأنه لما فقأ التي له مثلها وجب القصاص، ثم صار أعور، فيلزم أن يجب في عينه ألف دينار، وفي بعض النسخ عوض قوله: فألف مع القصاص فهما كالمتقدمتين، وهي معناها؛ لأن معناها كالصورتين المتقدمتين، فتبدئته بالتي مثلها له تشبه فقأ الأعور عين الصحيح التي مثلها له، فيكون له القصاص، وتثنيته بالأخرى التي لا مثلها له يشبه فقأ الصحيح عين الأعور، والنص عن ابن القاسم وأشهب مثله حكاه المصنف[1].

صاحب " النكت": قول ابن القاسم هنا خلاف قوله في الأعور يفقأ عين الصحيح التي مثلها له، أن الصحيح مُخَيَّر، يجب على مذهبه إذا فقأها الأعور أن يكون الصحيح مخيرًا في فقأ عين الأعور بعينه، أو يأخذ فيه ألف دينار أو خمس مائة دينار في عينه الأخرى التي ليس لها مثل، وإنما جواب ابن القاسم في المسألة على ما قاله مالك في أحد أقواله: أنه ليس له إلا القصاص. وأما قول أشهب فإنما بنى على مذهبه الذي اختار من قول علي، وأما على قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة" فإن بدأ بالتي لا نظير لها فله فيها خمس مائة دينار، وهو في الأخرى مخير؛ إما أن يقتص أو يأخذ ألف دينار، وإن بدأ بالتي مثلها للأعور؛ فهو مخير في أن يقتص منها بعين الأعور أو يأخذ ألف دينار، له في التي لا مثل لها ألف دينار بكل حال؛ لأنه عين أعور. انتهى.

(ص): **(وَلَو قُلِعَت سِنٌّ ورُدَّت وَنَبَتَتْ فَالقَوَدُ فِي العَمْدِ، وَفِي العَقْلِ فِي الْخَطَأِ قَوْلان لابْنِ القَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَلَوْ أَخَذَ العَقْلَ قَبْلَ نَبَاتِهَا ثُمَّ نَبَتَتْ لَمْ يَرُدَّ العَقْلَ اتِّفاقًا...)**

(ش): اللخمي: إذا قلعت سن فردها فنبتت أو نبت مكانها أخرى، أو قطعت أذنه فردها فثبتت؛ فإن كان القلع والقطع عَمْدًا أَوْجَبَ القصاص اتفاقًا؛ لأن المعتبر في القصاص يوم الجرح، فأما في العقل، فإن أخذ العقل قبل الثبوت أو النبات، فحكى المصنف وصاحب " البيان " الاتفاق على عدم الردِّ، وإن لم يأخذ العقل، فقال ابن القاسم: لا يمنع ثبوتها من أخذ العقل؛ لأن لها عقلا مسمى، فكانت كالموضحة

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٦٧.

والمنقلة، والمأمومة والجائفة، ثم يعود الموضع كما كان قبلهن، فكأنه لا يسقط عقلهن بالاتفاق، وصرح اللخمي ورأى أشهب أن ثبوت السن يسقط العقل كسائر جراحة الخطأ غير المقدرة، وقول ابن القاسم أظهر؛ لأنه لما كانت السن فيها مقدرة كان ردها إلى الْمُوضِحَة وأخواتها أَوْلى.

اللخمي: ويختلف على هذا في إشراف الأذنين إذا ردهما وكان القطع خطأ، فعلى القول أن فيهما حكومة لا يكون له شيء، وعلى القول أن فيهما الدية تكون فيهما الدية كالموضحة، وستأتي مسألة عود السن من كلام المصنف، وسيتكلم هناك على عود البصر[1].

(ص): **(وَوِلايَةُ الاسْتِيفَاءِ لأَقْرَبِ الْوَرَثَةِ الْعَصَبَةِ الذُّكُورِ)**

(**ش**): أي: استيفاء النفس دون الجراح، ويدل عليه قوله: (لأَقْرَبِ الورثة) لأن حق الوارث إنَّما يكون بعد الموت، وقوله: (لأقرب الورثة) أي: فلا يكون للأبعد حق مع الأقرب كالإخوة مع البنين. قال صاحب " البيان": وترتيبهم في القيام بالدم كترتيبهم في ميراث الولاء والصلاة على الجنائز، وفي النكاح لا يشذ من ذلك على مذهب ابن القاسم إلا الجد مع الإخوة، فإنه بمنزلتهم في العفو عن الدم والقيام به.

وقوله: (العَصَبَةِ) احتراز من غير العاصب كالزوج والأخ للأم، واحترز بالذكور من الإناث، فإنه سيذكر ما فيهن من التفصيل والخلاف. قال في "الْمُدَوَّنَة": إن كان عشرة إخوة وجد؛ حلف الجد ثلث الأيمان، وحمله ابن رشد على ظاهره من العموم في الخطأ والعمد، وقال: أما الخطأ فصواب، وأما العمد فالقياس على مذهبه أن تقسم الأيمان بينهم على عددهم، وحمله بعض شيوخ عبد الحق على الخطأ، وأما العمد فكما ذكر ابن رشد أنه القياس، وعن أشهب: لا حق للجد مع الإخوة في القيام ولا في العفو، فالإخوة على مذهبه يقسمون دونه، فإن استعانوا بالجد قسمت على عددهم، نقله صاحب " المقدمات"، ونقل عبد الحق عنه ما يخالف هذا فانظره[2].

(ص): **(وَأَشْهَرُ الرِّوَايَتَيْن أَنَّ النِّسَاءَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ عَصَبَةٌ كَذَلِكَ)**

(**ش**): عَبَّر اللخمي عن الأشهر بالمعروف، فقال: من قوله أن للنساء مدخلا في الدم، وحكى ابن القصار عن مالك أنه لا مدخل للنساء في الدم جملة، واحترز بقوله:

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٨/٩.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٣٦٩/٩.

(إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجتهنَّ عَصَبَةٌ) مِمَّا لو كان في درجتهن عصبة، كالبنات مع الابن، والأخوات مع الأخ، فإنه لا دخول حينئذٍ في عفو ولا قود باتفاق، والمراد بالعصبة العاصب؛ لأن العاصب الواحد يحجبهن، ويشترط في النساء على القول بدخولهن، أن يكون ممن يرثن، احترازًا من العمات وشبههن، وقد يؤخذ من كلامه هذا الشرط؛ لأنه قال في الذكور الورثة، فأشار إلى اشتراط الوراثة، وإذا اشترطت الوراثة في الذكور فأحرى النساء، ويشترط فيهن أيضًا أن يكون ممن لو كان في درجتهن ذكر ورث بالتعصيب احترازًا من الأخوات للأم، وإذا فرعنا على الرواية بدخولهن مع العصبة، فاختلف قول مالك هل يدخل في القتل دون العفو؟

ابن عبد السلام: والرواية بنقص ذلك على القتل هي التي يجري عليها أكثر فروع "الْمُدَوَّنَة"، وأشار المصنف بقوله: (كَذَلِكَ) إلى أن ولاية الاستيفاء للأقرب مِنْهُنَّ، واختلف في الأمر؛ فرأى مالك وابن القاسم أن لها القيام بالدم، وَأَباه أشهب.

(ص): **(إِلا أَنَّ العَصَبَةَ الوَارِثِيْنَ فَوقَهُمْ سَوَاءٌ)**

لما كان قوله: (إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ عَصَبَةٌ) أعم من أن يكون أسفل منهن عصبة، وقوله: (فوقهم) حال من النساء؛ أي: في حال كون النساء كائنات فوق العصبة الوارثين، كالبنت مع الإخوة. وقوله: (سواءٌ) خبر (أَنَّ) وقوله: (سَوَاءٌ) أي: في القيام بالدم، ومن قام به فهو أَوْلَى، ولا عفو إلا باجتماعهم، ولم يرد بالتسوية أنهم كإخوة أو أعمام سقط القتل بعفو بعضهم، وإن كان ذلك ظاهر التسوية، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة"، وزاد عياض قولين آخرين:

أحدهما: وهو لابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة": التفصيل بين أن يثبت الدم ببينة كمذهب "الْمُدَوَّنَة"، أو يثبت بالقسامة، فلا حق للنساء معهم في عفو ولا قيام؛ لأنهم هم الذين لا يستحقوا الدم بقسامتهم[1].

والثاني: لمالك من رواية مطرف وابن الماجشون: إن ثبت ببينة فالنساء أَوْلى بالعفو، وإن ثبت بقسامة فلا عفو إلا باجتماعهم، ومن قال بالدم فهو أَوْلى. وقال ابن عبد السلام (قُرْبُهُمْ) بالقاف والراء والباء الموحدة، والأحسن رفع الباء على الابتداء، وقوله: (سواءٌ) خبره، والجملة خبر، وليس كما رأيته في بعض النسخ (فَوْقَهُمْ) على

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٧٠.

الظرف؛ إذ لا مَعْنَى لها هنا، وقد بينا معناها، وهو أظهر.

(ص): (**والعَصَبَةُ غَيْرُ الوَارِثِيْنَ إِذَا ثَبَتَ القَوَدُ بقَسَامَتِهِمْ مَعَ النِّسَاءِ كَذَلِكَ**)

قوله: (غَيْرُ الوارثين) يريد أن النساء قد أخذن جميع المال، وهذا لا يجوز الجميع، وهن في درجة واحدة. وقوله: (إذا ثَبت القَوَدُ بِقَسامَتِهِمْ) شرط في مساواتهم للنساء في القيام بالدم، فله ذلك كما تقدم في الوارثين، وهو معنى قوله: (كذلك) وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة" من سماع عيسى، أن العصبة أحق بالقيام والعفو، وفهم من كلامه أنه لا حق للعصبة إذا لم يثبت الدم بقسامتهم، وهو متفق عليه.

(ص): (**وَفِي مُسَاوَاةِ الأخِ للجَدِّ أَوْ تَقْدِيمِهِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ**)

(**ش**): أن الأخ وابنه مقدمان عليه، وهو الأظهر من باب التعصيب المحض، فكان كالولاء والنكاح والصلاة على الميت، ولو كان كالميراث كما يقتضيه قول ابن القاسم لما سقط قول الأنثى مع من هو في درجتها[1].

(ص): (**وَعَلَى الْمَشْهورِ: لا تَدْخُلُ بِنْتٌ عَلَى ابْنٍ، وَلا أُخْتٌ عَلَى أَخٍ مِثْلِهَا**)

(**ش**): أي: وعلى المشهور من أن للنساء مدخلا في الولاية من حيث الجملة، فأشار بقوله: (عَلَى الْمَشْهُورِ) إلى أن مقابل الأشهر المتقدم ليس بمشهور، وهو كذلك، وقد تقدم أن اللخمي جعله مقابل المعروف، ولا إشكال في عدم دخولهن على الشاذ، وعلى هذا فما ذكره هنا متفق عليه، واحترز بقوله: (مثلها) من الأخت الشقيقة مع الأخ للأب؛ فإنها تدخل عليه، وإذا لم تدخل الأخت للأب على الأخ لأب فأحرى ألا تدخل على الشقيق.

(ص): (**وَلا أُخْتٌ عَلَى أُمٍّ، وَلا أُمٌّ عَلَى بِنْتٍ**)

(**ش**): ضابط دخول النساء بعضهن على بعض أنك تقدرهن ذكورًا، فإن صحَّ دخولهن في الذكورة دخلوا في الأنُوثة وَإِلا فلا، وذكر اللخمي في دخول الأم على البنات قولين:

الأول: ما ذكره المصنف. والثاني: رواه ابن القاسم عن مالك: لا تسقط الأم إلا مع الأب والولد الذكر.

(ص): (**وتَدْخُلُ البَنَاتُ مَعَ الأبِ وَالْجَدِ، وَالأخَوَاتِ الأشِقَّاءُ عَلَى الإخْوَةِ للأبِ**)

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧١/٩.

(ش): أي: وتدخل الأخوات الأشقاء على الإخوة للأب.

(ص): (**وَلا تَدْخُلُ الأم عَلَى الابْنِ والأبِ**)

(ش): هو متفق عليه[١]. قال ابن القاسم: ولا تسقط الأم إلا مع الأب ومع الولد الذكر.

(ص): (**وَلا تَدْخُلُ العَصَبَةُ عَلَى البَنَاتِ وَالأخَوَاتِ إذَا حَرَزْنَ الْمِيرَاثَ**)

(ش): أي: إذا حرزن البنات والأخوات، وهذا محمول على ما إذا ثبت الدم ببينة، وإن لم يحمل على هذا لزم أن يعارض هذا بما قاله أولا: أن العصبة غير الوارثين إِذَا ثبت الدم بقسامتهم كذلك، فوجب أن يقيد الأول بما إذا ثبت بقسامة، والثاني إذا ثبت ببينة.

(ص): (**وَإِنْ كَانَ فِي الْمُسْتَحِقِّينَ غَائِبٌ انْتُظِرَ وكُتِبَ إِلَيْهِ إلا أَنْ يُيئَسَ مِنْهُ كَأَسِيرٍ وَشِبْهِهِ فلا يُنْتظَرُ...**)

(ش): أي: فإن غاب بعض مستحقي الدم فلينتظر، هكذا في "الْمُدَوَّنَة".

ابن يونس: إلا في البعيد الغيبة، بأن حضر القتل، ونقله محمد عن ابن القاسم، وقال أبو عمران: ظاهرها انتظار الغائب وإن بعدت غيبته، وفرق سحنون بين قريب الغيبة وبعيدها، أما إن أمكن الكتاب إليه كتب ليعلم ما عنده، ونص قول سحنون عند ابن يونس: هذا فيمن بعد جدًّا كأسير بأرض الحرب وشبهه، وَأَمَّا مَن بعد من إفريقية إلى أرض العراق فليس من ذلك، وإلى تقييد سحنون أشار المصنف بقوله: (إلا أَن يُيْئَس منْهُ... إلخ).

ابن عبد السلام: والذي نزل عليه أصول الفقه أنه لا يسقط حقه، بل يقيم له القاضي وكيلا ينظر بالإصلاح.

(ص): (**ويُحْبَسُ ولا يُكْفَلُ؛ إِذْ لا كَفَالَةَ فِي قِصَاصٍ وَلا جُرْحٍ كَمَا يُحْبسُ لَوْ شَهِدَ وَاحِدٌ فِي العَمْد حَتَّى يُزَكَّى وَلا يُكْفَلُ بِخلافِ قَتْلِ الْخَطَأ وجِرَاحِهِ، فَإِنَّه مَالٌ عَلَى العَاقِلَةِ أَوْ عَلَيْهِ...**)

(ش): أي: إذا انتظر الغائب حبس القاتل، ولا يؤخذ من القاتل كفيل، وشبه المصنف هذا بما إذا أقام الولي شاهدًا يوم العمد بأنه يحبس المشهود عليه حتى يزكى ذلك الشاهد، وهو تشبيه ظاهر بعيد الحكم بطريق الأولى؛ لأن الكفالة إذا لم تقبل

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٢/٩.

وسجن مع عدم كمال البينة فأولى إذا كملت.

ابن عبد السلام: ولا يجري هنا الخلاف الشاذ في الكفالة تكون بالدماء على ما تقدم في الكفالة، وهو قول يشبه مذهب الليثي، وإذا عجز الكفيل على هذا القول أدَّى أرش الجرح، فإن من أجاز الكفالة على هذا الوجه إنما يجيزها بشرط رضا مَنْ له الحق، والفرض هنا أنه غائب.

وقوله: (بخلاف قَتْلِ الْخَطَأِ... إلخ) تصوره ظاهر. وقوله: (عَلَى العَاقِلَةِ) أي: في القتل والجراح إذا كانت الثلث فأكثر، وعليه إذا كان دون الثلث، ومذهب "الْمُدَوَّنَة" عدم الحبس في الخطأ، وقيده بما إذا كان مشهور العين لا يحتاج إلى الشهادة على عينه، وأَمَّا إذا كان غير مشهور فيحبس ليشهد على عينه، وقاله سحنون، ولا يبرئه من الحبس إلا حميل بوجهه، وفي "الْعُتْبِيَّة": أنه يحبس في الخطأ. أبو عمران: ولعله يريد فيما دون الثلث ليشهد على عينه إذا كان مجهولا، وإن كان سحنون فهم منه الخلاف.

(ص): **(وَوَرِثَةُ الْمُسْتَحِقّ للقِصَاصِ مِثْلُهُ أُمًّا كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا، وَلَوْ كَانَتْ بِنْتٌ مَعَ ابْنٍ فَمَاتَ لَمْ يَكُنْ لِوَرَثَتِهَا مُتَكَلمٌ إِلا فِي الْمَالِ إِنْ عَفَا، بِخلافِ مَا لَوْ كَانَتْ مَعَ بِنْتٍ أَوْ عَصَبَةٍ...)**

(ش): يعني: إذا كان المستحق لقصاص واحد أو أكثر، فإذا مات المستحق تنزلت ورثته منزلته، فإن كان له حق في العفو والقتل فورثته كذلك، وإن لم يكن له حق في العفو؛ كالبنت مع الابن، فورثتها كذلك لا حق لهم إلا في المال إن عفوا. وقوله: (أُمَا كانت أو غيرها) يحتمل سواء كان المستحق أُمًّا أو غيرها، ثم بين المصنف ما ذكره بقوله: (ولو كانت بنتٌ مع ابن) وهو ظاهر.

(ص): **(فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ صَغِيرٌ؛ فَثَلاثَةٌ لابْنِ الْقَاسِمِ وَعَبْدِ الْمَلِكِ وسُحْنونٍ ثَالِثُهَا: إِنْ لَمْ يَكُنْ قَرِيبًا مِنَ الْمُرَاهِقِ لَمْ يُنْتَظر...)**

(ش): يعني: فإن كان في المستحقين صغيرًا، فثلاثة أقوال:

الأول: لابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة": أنه لا ينتظر، وهذا مفهوم كلام المصنف؛ لأن عادته جعل الأول من الأقوال للأول من القائلين، وأن صدر الثالث هو القول الأول.

والثاني لعبد الملك: أنه ينتظر كالغائب. والثالث لسحنون: أنه إن قارب البلوغ انتظر، وإن لم يقربه لم ينتظر، وقول من قال إن المصنف خالف قاعدته؛ لأن قاعدته تقديم الثبوت ليس بظاهر، بل عادته كما ذكرنا جعل الجزء الأول من الثالث لقائل

الأول، سواء كان الجزء الأول ثبوتًا أو سلبًا، وما ذكر المصنف من أن مذهب ابن القاسم عدم انتظار القتل، ولا ينتظر أن يكبر ولده فيبطل الدم، وإن عفوا لم يجز عفوهم إلا على الدية لا أقل، وإن كان أولاد المقتول صغارًا أن كبارًا؛ فإن كان الكبار اثنين فصاعدًا فلهم أن يقسموا ويقتلوا ولا ينتظر بلوغ الصغار، وإن كان عفا بعضهم فللأصاغر حظهم من الدية، وإن لم يكن إلا ولدان صغير وكبير؛ فإن وجد الكبير رجلا من ولاة الدم يحلف معه، وإن لم يكن ممن له العفو حلفا خمسين يمينًا، ثم للكبير وإن لم يجد من يحلف معه حلف خمسًا وعشرين يمينًا، واستؤني بالصغير فإذا بلغ حلف خمسًا وعشرين واستحقوا الدم[1]. انتهى.

(ص): (**وَعَلَى الْمَشْهُور: إِنْ عَفَوا فَلِلصَّغِيرِ نَصِيبُهُ مِنْ دِيَةِ عَمْدٍ**)

(**ش**): أراد بالمشهور قول ابن القاسم: لا ينتظر وعَفَا الكبار، كان للصغير نصيبه من دية عمد. وفي قوله: (من دية عمدٍ) فائدة حسنة؛ وهي أنهم لو صالحوا على دية خطأ أو على أقل لم يلزم الصغير ذلك، لكن في بناء هذا الفرع على المشهور تطويل، هو جار على المشهور وغيره.

(ص): (**فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُطْبَقٌ لَمْ يُنْتَظَرْ، بِخِلافِ المُغْمَى وَالْمُبَرْسَمِ**)

لو كان عوض الصبي مجنون مطبق لم ينتظر وليس كالصبي؛ لأن الصبَا معلوم الزوال، بخلاف المغمى والمبرسم؛ فإنهما ينتظران لرجاء إزالتهما عن قرب. والمبرسم بفتح السين: اسم مفعول. الجوهري: وبرسم فهو برسم والبرسام عِلَّة معروفة. قال غيره: وهو ورم في الرأس يثقل منه الدماغ. الجواليقي: هو معروف.

(ص): (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَبِيرٌ فَلِلوَلِيِّ النَّظَرُ فِي القَتْلِ أَوْ الدِّيَةِ كَامِلَةً، وَقَالَ أَشْهَبُ: أَوْ فِي أَقَلَّ مِنْهَا...**)

(**ش**): يعني: فإن لم يكن مع الصغير كبير فوليه بالخيار، إن شاء اقتص له أو أخذ الدية.

ابن عبد السلام: إلا في الدية للعمد؛ أي في دية عمد لا في أقل منها، وهذا مذهب ابن القاسم. وقال أشهب: للولي أن يصالح بأقل من الدية، والمتبادر للذهن على قول ابن القاسم الذي يرى أن الواجب في العمد إنما هو القصاص، أن يكون للولي

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٣/٩.

المصالحة على أقل من الدية، لقدرة الولي على تحصيل الدية، وهكذا أشار إليه ابن رشد، إن كان واحد لم يجز على أصله، وقيد أشهب بألا يتهم فيه بِمُحَاباة لقلته، وكذلك قيد أيضًا قول ابن القاسم بما إذا كان القاتل مليًّا، وإن لم يكن مليًّا جاز الصلح بأقل منها[1].

ابن القاسم: فإن لم يكن للصغير ولي إلا السلطان فإنه يقيم لهم وليًّا فيكون كالوصي.

ابن عبد السلام: وهو حمل يقوي ما قلناه أولا أن أصل المذهب أن يقدم للصغير أو للغائب ولي، ولا ينتظر ولا يسقط حقه أيضًا على القول الآخر.

(ص): (**وَإِذَا قُطِعَ الصَّبِيُّ عَمْدًا؛ فَلِلأبِ أَوِ الوَصِيِّ النَّظَرُ لا لِغَيْرِهِمَا، أَمَّا إِذَا قُتِلَ فَالأَوْلِيَاءُ أَوْلَى...**)

(**ش**): يعني: أن الصغير ما دام حيًّا فالناظر له في الجناية عليه أبوه أو وصيه كماله، وغيرهما أجنبي. وأما إذا قتل فالأولياء أحق من الوصي؛ لأن بموت الصبي نظر الوصي، وللمحجور عليه أن يعفو عن دمه عَمْدًا أو خطأ، كان المحجور بالغًا أو غير بالغ، ويكون عفوه عن الخطأ من ثلثه بالاتفاق، واختلف في الجرح والشتم وما ينال من بدنه أو عرضه، فأجاز ابن القاسم في "الواضحة " عفوه عنه، كان الجرح عمدًا أو خطأ، ومنع ذلك مطرف وابن الماجشون وأصبغ.

(ص): (**وَلَوْ صَالَحَ الأَبُ أَوِ الوَصِيُّ عَنِ الصَّغِير فِي جُرْحٍ عَمْدٍ أَوْ خَطَأٍ عَلَى الْجَانِي بِأَقَلَّ مِنْ دِيَتِهِ بِالنَّظَرِ جَازَ لِعُسْرَتِهِ كالقَوَدِ...**)

(**ش**): الضمير في (عُسْرَتِه) راجع إلى (الْجَانِي) قال: ويقع في بعض النسخ بإثر (عُسْرَتِهِ) (القَوَد) وليس لها معنى، ولعلها من خطأ الكاتب. لفظة (على) الداخلة على الجاني **لا** معنى لها. انتهى وفيه نظر.

ويمكن أن يكون في (لعُسرَتِه) عائدًا على الصبي. وقوله: (القود) ليس لها معنى، إنما الثابت عندنا في النسخ (كالقود) ومعناها: كما أجاز القود له جاز صلحه. وقوله: (على الجاني) فيه حذف مضاف؛ أي: على جناية الجاني، فلا يدعي في ذلك غلط، وفي بعض النسخ (وَلِعَشِيرَتِهِ القَوَدُ) بالشين المعجمة، وهي ظاهرة.

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٤/٩.

(ص): (**وَأَخْذُ الْمَالِ فِي قَتْلِ عَبْدِ الصَّغِيرِ أَحَبُّ إِلَيْهِ؛ إِذْ لا نَفْعَ لَهُ فِي القِصَاصِ**)

(**ش**): نحوه في "الْمُدَوَّنَة"، وهو ظاهر التصور[1]. وقوله: (أحب إليه) هو عائد على ابن القاسم، فإن قلت: لِمَ لم يتعين أخذ المال. قيل: قد يكون أخذ المال في بعض الأوقات سببًا للجرأة، فيرى الولي القصاص أولى.

(ص): (**وَإِذَا اجْتَمَعَ مُسْتحِقُّ النَّفْس وَمُسْتَحِقُّ الطَّرَفِ قُتِلَ وَلَمْ يُقْطَعْ**)

(**ش**): يعني: إذا قطع يد واحد وفقأ عين آخر، فإنه يقتل لولاة المقتول ولا شيء للآخرين؛ لأن القتل يأتي على ذلك كله، إلا أن يقصد المثلة فيقتص منه أولا ثم يقتل، كما في الرجل الواحد، وروى بعض العلماء خارج المذهب: أنه يقتص لصاحب اليد ونحوه، ثم يقتل وإن لم يقصد المثلة وهو القياس عند اللخمي.

(ص): (**وَلِلسُّلْطَانِ أَنْ يُفَوِّضَ الْقَتْلَ لِلْمُسْتَحِقّ خِلافًا لأشْهَبَ، وَيُنْهَى عَنِ العَبَثِ، فَإِنْ تَوَلاهُ مَنْ أُذِنَ عُزِّرَ وَوَقَعَ الْمَوْقِعَ، وَلا يُمَكَّنُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ...**)

لما رواه مسلم أَنَّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أسلم القاتل للمستحق. فإن تولى المستحق القتل من غير إذن الحاكم عزر لتعديه على الإمام، ولئلا يجترأ على الدماء ووقع القتل في موقعه، ونص في "الْمُدَوَّنَة" على أنه إن قتلوه قبل أَنْ يَنْهَى به إلى الإمام أنه كذلك.

ابن الماجشون: وإن قتلوه بعد أن شهدت البينة لهم عليه بالقتل قبل الإعذار بالقتل، فإن جرح الذين شهدوا بالقتل عليه فإنهم يقتلون، وإن لم يجرحوا أدبوا، وفي سماع أصبغ إذا كان للمقتول وليان فقتل أحدهم القاتل؛ فليس عليه قتل ويغرم لصاحبه، يريد نصف الدية؛ لأنه أبطل له حقه؛ إذ لعله يعفو عنه، وقاله أصبغ، ولا يمكن فيما دون النفس؛ أي من القطع والجرح اتفاقًا، ولا سؤال على قول أشهب لمساواة النفس عند الجرح، والفرق للمشهور أن المتولي فيما دون النفس هو المجني عليه، أو بحضرته فيحمله على ما أصابه على شدة الخنق؛ يريد: أي في المثلة بخلاف القتل.

(ص): (**وَيَقْتَصُّ لَهُ مَنْ يَعْرِفُ القِصَاصَ، وَأُجْرَةُ مَنْ يَسْتَوفي القِصَاصَ عَلَى الْمُسْتَحِقّ، وَقِيْلَ: عَلَى الْجَانِي...**)

أي: ويقتص للمجروح من يعرف القصاص؛ إذ ليس كل الناس يعرف ذلك.

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٧٥.

ابن عبد السلام: ولا بد أن يكون من أهل العدالة، وأجرة من يستوفي القصاص على المستحق، هذا هو المشهور، والثاني ذكره ابن شعبان، ومنشأ الخلاف هل الواجب على الجاني التمكين من نفسه أو التسليم، والأول هو اختيار ابن رشد وابن شعبان وغيرهما[1].

(ص): (**وَلا يُؤَخَّرُ القِصَاصُ بالاسْتِنَادِ إلى الْحَرَمِ، وَلَكِنْ يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِدِ**)

(**ش**): أطلق في القصاص ليعم النفس والطرف، تنبيهًا منه رحمه الله على تفصيل أبي حنيفة بين الطرف فيقتص منه في الحرم، وبين النفس فلا يقتص منه في الحرم، ولكن يلجأ إلى الخروج بألا يبايع ولا يكلم، فإذا خرج قتل، لا يعممه إذا قتل وهو في الحرم.

قال في "الْعُتْبِيَّة": والحرم أحق أن يقام فيه حدود الله ولا ينتظر أن يفرغ من حجه، والقياس على الطرف أو من قتل في الحرم، واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ [آل عمران: ٩٧] ولكل من الفريقين أدلة أكثر من هذا. وقوله: (وَلَكِنْ يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِد) إن جعلنا (أل) في المسجد للجنس فظاهر، لكن الظاهر بقرينة ذكر الحرم أنهما أرادا المسجد الحرام، لكن لا يفهم كلامه على الخصوصية؛ بل لمساواة سائر المساجد له في منع إقامة الحدود فيها.

(ص): (**وَيُؤَخَّرُ قِصَاصُ مَا سِوَى النَّفْسِ حتَّى يَبْرَأَ**)

(ش): قوله: (ما سِوَى النَّفس) (ما) عامة فتعم سائر الجراح؛ لما رواه الدارقطني من حديث محمد بن خالد، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: "نَهَى رَسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يقتص من الجراح حتى ينتهي"[2]. ومحمد بن خالد وثقه ابن معين وضعَّفه أبو داود وغيره.

وروى يحيى بن أبي أنيسة ويزيد بن عياض عن أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "يُسْتَأَنَّى بِالْجراح سنة " لكن يحيى ويزيد متروكان.

وروي عن جابر أيضًا: أَنَّ رَجُلا طَعَنَ رَجُلا بِقَرْنٍ فِي رُكْبَتِهِ، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَسْتَقِيدُ، فَقِيلَ لَهُ: حَتَّى تَبْرَأَ، فَأَبَى وَعَجَّلَ فَاسْتَقَادَ، فأتى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَعَنَتَتْ رِجْلُهُ وَبَرِئَتْ رِجْلُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٦/٩.

(٢) أخرجه الدارقطني، في سننه برقم (٣٠٩٨) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

لَهُ: "لَيْسَ لَكَ شَيْءٌ إِنَّكَ أَبِيتَ"(١). وهذا أشبه عندهم من الأولين.

وظاهر قوله: (حتَّى يبرأ) أنه ينتظر البرء ولو زاد على السنة، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة". وقال أشهب: ليس بعد السنة انتظار، لكن قيده عياض بالخطأ، فقال: يريد في الخطأ، ويعقل الجرح بحالها عند تمامها ويطالب بما زاد بعد، وظاهر كلامه أيضًا أنه إذا برئ قبل السنة اقتص منه وهو قول الأكثر، وذهب ابن شاس إلى أنه لا بُدَّ من الاستيناء سنة؛ لتتم عليه الفصول الأربعة مخافة أن يقتص.

(ص): **(فَإِن أَفْضَى إِلى النَّفْسِ قُتِلَ وَسَقَطَ القَطْعُ والجُرْحُ إلا عنْدَ قَصْدِ الْمُثْلَةِ)**

(ش): أي: فإن أفضى الجرح إلى النفس قتل الجاني بعد القسامة إن شاء الأولياء القتل، ولهم أن يبقوا على حقهم في الجرح والقطع لاندراجهما في النفس، إلا أن يقصد بهما المثلة ولا يسقطان. وعلى هذا فقوله: (إلا عند قصد المثلة) استثناء متصل. وقول ابن عبد السلام: أنه منفصل، وأنه لو حمل على الاتصال إلى أن يفعل في الجاني أكثر مِمَّا فعل بمجرد قصده ليس بظاهر، لأن المستثنى قصد المثلة بالقطع والجرح لا مجرد القطع، والله أعلم(٢).

(ص): **(وَإِنْ تَرَامى إِلى زِيَادَةٍ دُونَ النَّفْسِ أَوْ لَمْ يَتَرَامَ اقْتُصَّ مِنْهُ فَإِنْ سَرَى مِثْلَهُ أَوْ أَكْثَر اسْتَوْفَى، وَإِنْ وَقَفَ دُونَهُ أَخَذَ أَرْشَ الزَّائِدِ..)**

(ش): أي: فإن ترامى دون النفس قطع أو جرح إلى زيادة النفس، أو لم يترام اقتص من الجاني قَدر ما جرح الجاني، مثل جرح المجني عليه، أو زاد على جرح المجني عليه وأن يموت الجاني، فقد اسْتَوْفَى المجني عليه حقه من القصاص، ولا شيء للجاني في الزائد وإن لم يصل إلى ما وصل إليه جرح الْجَاني، وهو معنى قوله: (وَقَفَ دُونَهُ) أي: جرح الجاني وقف دُون ما سرى إليه جرح المجني عليه، وأخذ المجني عليه أرش الزائد.

(ص): **(وَيُؤَخَّرُ العَقْلُ فِي الْخطَأ أَيْضًا، فَإِن بَرِئَ عَلَى عَثْمٍ فَحُكُومَةٌ، وَإِنْ بَرِئَ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ فَلا شَيْءَ فِيْهِ، وَفِيْمَا لا يُسْتَطَاعُ فِيهِ القَوَدُ...)**

(ش): وتؤخر الدية، وهو معنى قوله: (العقل) إلى البرء، وإلى ذلك أشار بقوله: (أيضًا) لأنه قد يئول الأمر إلى النفس، أو يصير إلى ما تحمله العاقلة، فإن برئ على

---

(١) أخرجه الدارقطني، برقم (٣٠٩٤) من حديث جابر بن عبد الله.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٧/٩.

شين فعلى الجاني حكومة، وسيأتي تفسيرها، وإن برئ على غير شين فلا شيء فيه؛ أي: لا عقل ولا أدب، أما نفي الأدب فلأنه لم يتعهد، وأَمَّا نَفي العقل؛ لأنه غير مُقدَّر فيه شيء، وكل ما ليس بمقدر فإنما فيه بحسب الشين، والفرض انتفاؤه، وسيتكلم المصنف على ما فيه عقل مُسَمًّى.

وقوله: (وَفِيمَا لا يُسْتَطاعُ) هو معطوف على قوله: (فِي الْخَطَأِ) أي: يؤخر العقل في الجرح الذي لا يستطاع فيه القود إذا كان عمدًا، ككسر عظام الصدر والعنق والصلب، فإن برئ على غير شين فلا عقل فيه، وعليه هنا الأدب لكونه عمدًا، وإن برئ على شين فحكومة.

(ص): (**وَفِي تَأْخِيرِ المُقَدَّرِ وَنَحْوِ الْجَائِفَةِ وَالْمَأْمُومَةِ قَوْلانِ لابْنِ القَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَيُؤَخَّرُ الْمُقدَّرُ فِيهِ وَإِنْ بَرِئَ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ اتِّفَاقًا...**)

(ش): أي: وفي تأخير عقل الجرح المقدر في شيء نحو الجائفة والمأمومة، وعدم تأخيره إلى أن يبرأ، فحذف معطوفًا، وغاية التأخير لابن القاسم، وعلله في "المجموعة" بأنه قد يجب على العاقلة دية نفس بقسامة، ونفي التأخير لأشهب؛ لأنه لما كان في هذا عقل مسمى لم يكن للتأخير فائدة، ألا ترى أنه لو برئ على غير شين لكان ذلك القدر فيه بالاتفاق كما صرَّح به المصنف، وأطلق المصنف قول أشهب، وقيَّده أشهب بأن يبلغ الثلث؛ لأن عقل الموضحة والمنقلة لا يعجل عنده، ولا يقال: إنه مثَّل بما بلغ الثلث؛ لأن المثال لا يختص[1].

أشهب: على نقله في "النوادر": لا جرح وتحمل العاقلة أوله كالجائفة والمأمومة، ومواضح تبلغ ثلث الدية فقد لزم العاقلة الثلث الآن، وله تعجيل ما حل منها، وما تناهى إلى زيادة فله ما تناهى ويقع، وفي غير المقدر في نحو الجائفة فيكون فيه حذف مضاف؛ أي: وفي تأخير، ويكون (في نحو الجائفة) بدل من قوله: (وَفِي غَيْرِ المقدَّر).

(ص): (**وَالْمَارِنِ إِنْ بَرِئَ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ فَحُكُومَةٌ، وَقَالَ سُحْنُونٌ: بِحِسَابِهِ؛ لأَنَّهُ مُقَدَّرٌ**)

(ش): القول بالحكومة هو المشهور، وأكثرهم حمل قول سحنون على الخلاف، ورآه في "النكت " وفاقًا، قال: إن خرم العظم وسلم المارن ففيه الاجتهاد، وإن خرم ما

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٨/٩.

دون العظم، فذلك الخرم كالقطع فيكون ذلك بحساب ما نقص المارن بعد البرد، وهكذا في "الْمَوَّازِيَّة". قال: وإلى هذا يرجع ما قال ابن القاسم وسحنون، ولا يخرج عن هذين الوجهين[1].

(ص): (وَيُؤَخَّر لِلْحَرِ وَالْبَرْدِ الْمُفْرِطَيْنِ، وَمرضِ الْجَانِي)

(ش): هذا خاص بما دون النفس. وقوله: (المفرطين) لأنهما اللذان يخشى فيهما على الجاني، ونص مالك على التأخير في السرقة؛ لشدة البرد. ابن القاسم في (كتاب السرقة): وإن كان الحر مما خوفه كالبرد فأراه مثله، وجزم بذلك في (كتاب الرجم)، فقال: والحر عندي بمنزلة البرد، وظاهر " الْموازية" عدم التأخير، والخلاف مبني على الخلاف في تحقيق العلة. وقوله: (ومَرض) أي: يؤخر الجاني؛ لأنه قد يتهم عليه الموت فيؤدي إلى أخذ النفس بالطرف.

(ص): (وَتُؤَخَّرُ الْمُوَالاةُ فِي قَطْعِ الطَّرَفِ، بِخِلافِ قَطْعِ الْحِرابَةِ)

(ش): يعني: إذا اجتمع عليه قطع طرفين فأكثر وخِيْفَ عليه من قطعهما في فور واحد؛ فرِّقا عليه، فإن جنى على اثنين كان يقدر في الحال على جناية أحدهما قدمت، وإن كان يطيق على واحدة منهما على الانفراد وكأن الجنايتين في فور واحد تنازعا في الابتداء، فينبغي أن يُقرع بينهما.

ونقل أبو الحسن: أنه إذا اجتمع على رجل حدَّان لله جميعًا، أو لآدمي، أو أحدهما لله، فإن كان فيه محل لأحدهما وهما جميعًا لله؛ يرى أكثرهما كالحدِّ للزنى وشرب الخمر، فيحد للزنى إلا أن يخاف عليه من الثمانين، وإن كان الخوف أضعف ابتدئ بالحد عن الزنى، فأقيم عليه ثم يستكمل وقتًا بعد وقتٍ، فإذا كمل المائة ضرب لشرب الخمر، وإن كان الحقان لآدمي؛ لأنه قطع هذا وقذف هذا، اقترعا أيهما يبدأ بإقامة حقه من غير مراعاة للآخر، وإن كان فيه محل لأحدهما دون الآخر أقيم عليه الأدنى من غير قرعة، وإن كان أحدهما لله والآخر لآدمي؛ بُدِئَ بِحق الله، إلا أن يكون فيه محمل إلا لما هو لآدمي فيقام عليه ويؤخر ما هو لله تعالى لوقت لا يخاف عليه، وإن كان الخوف في أي وقت وكان الحق لله تعالى ابتدئ به. انتهى.

وكذلك أيضًا إذا خيف عليه التلف للموالاة في حقِّ الله تعالى وحق الآدمي لا

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٧٩/٩.

يوالى عليه بذلك، قال في "الْمُدَوَّنَة": ولو قطع السارق شمال رجل؛ قطعت يمينه في السرقة وشماله قصاصًا، وللإمام أن يجمع ذلك ويفرقه بقدر ما يخاف عليه أو يأمن، وكذلك الحد والنكال يجتمعان جميعًا على رجل، فإن اجتمع عليه حد لله تعالى وحد للعباد بدئ بالحق الذي لله؛ إذ لا عفو فيه، فإن عاش أخذ منه حق العباد، وإن مات بطل حقه.

قال في "الْمُدَوَّنَة": إن سرق وقطع يمين رجل؛ قطع في السرقة فقط؛ إذ هي آكد ولا عفو فيه ولا شيء للمقطوعة يده، كما لو ذهبت يد القاطع بأمر من الله تعالى. وقوله: (بِخِلافِ قَطْعِ الْحِرَابَةِ) هكذا في "الْموازية" وغيرها، وعلل ذلك بأن حده إما القطع وإما القتل.

ابن عبد السلام: ليس عندي بالبين؛ لأنا لا نخير الحاكم في قصاص المحارب مجردًا. انتهى. وإنما يجعل له الاجتهاد فيمن تعين له بعض تلك الحدود، وفي آية الحرابة، وعلى هذا فمن يستحق القطع في الحرابة لا ينبغي أن يقضى عليه بالنفي فلا يزاد عليه. انتهى. وهذا كلام ظاهر.

(ص): (**وَتُؤَخَّرُ الْحَامِلُ فِي النَّفْسِ لا بِدَعْوَاهَا. وَقِيْلَ: فِي الْجِرَاحِ الْمخوفة**)

(**ش**): لأن الحامل لو قتلت؛ لقتلت من غير تأخير - كما قلنا - نفسين، ولا تؤخر بمجرد دعواها. قال في "الْمُدَوَّنَة": وينظرها النساء فإن صدقنها لم يعجل عليها، وظاهره أنه جعل القول بالتأخير في الجراح مخالفًا للأول وليس بظاهر، وهو تقييد ولا ينبغي أن يختلف فيه، وإنما ساقه في "الجواهر " على أنه تقييد، فقال: وتؤخر الحامل في النفس؛ لعذر الحمل عند ظهور مخايله، ولا يكفي مجرد دعواها.

محمد: وفي القصاص - الشيخ أبو محمد - يريد وفي الجراح المخوفة[1].

(ص): (**وَتُؤَخَّرُ الْمُرْضِعُ إِلى أَنْ يُوجَدَ مَنْ يُرْضِعُ**)

(**ش**): هو ظاهر، وقد ورد عنه عليه الصلاة والسلام في حديث العامرية.

(ص): (**وتُحْبَسُ الْحَامِلُ فِي الْحُدُودِ وَالقِصَاصِ، وَلَوْ بَادَرَ الْوَلِيُّ فَقَتَلَهَا؛ فَلا غُرَّةَ، فَإِنْ زَايَلَهَا قَبْل مَوْتِها؛ فالغُرَّةُ إِنْ لَمْ يَسْتَهِلَّ...**)

(**ش**): حبست إذ لا كفالة في ذلك، فإن بادر الولي بقتلها فلا غرة؛ لأن من شرط

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٨٠.

الغرة أن يزايلها قبل موتها. وقوله: (إِنْ لَمْ يَسْتَهِلَّ) يريد: وأما إن استهل ففيه الدية بالقسامة، كما سيأتي.

(ص): (وَمَنْ قَتَلَ بِشَيْءٍ قُتِلَ بِهِ، إلا الْخَمْرَ وَاللِّوَاط)

(ش): لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل:١٢٦] وللحديث الصحيح: أنه رضخ رأس اليهودي الذي رضخ المرأة، ونبّه على خلاف الحنفية في تخصيصهم القود بالسيف، لما ذكره البزار من حديث الحر أبي سهل بن مالك عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن أبي بكرة، أَنَّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "لا قَوَدَ إلا بِالسَّيْف"[١]. قال أبو حاتم: والحر لا بأس به، ومبارك ذكره ابن حِبَّان في "الثقات"، وضعَّفه ابن معين في أحد قوليه، وذكر أيضًا عن الثوري عن جابر الجعفي، عن أبي عازب مسلم بن عمرو، عن النعمان بن بشير، عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "القودُ بالسَّيف، وَلِكُلِّ خَطَأٍ أَرْشٌ"[٢].

عبد الحق: وكلها ضعيفة، وما ذكره المصنف يختص بِمَن قتل بقسامة، فإنه حكى في "البيان" و"المقدمات " أنه لا يقتل إلا بالسيف، وأشار إلى أن ذلك متفق عليه في المذهب. وقوله: (إلا الخمر واللواط) الأولى ذكر القدر المشترك بينهما، وهو المعصية كما فعل صاحب " التلقين"[٣].

(ص): (وَفِي النَّار وَالسُّمّ قولان)

(ش): أما النار، فقال الباجي: المشهور أنه يقتص به للعمومات السابقة، خلافًا لابن الماجشون، " ولنهي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن التعذيب بعذاب الله"[٤]. رواه البخاري.

وأما السم ففي "الْمُدَوَّنَة": ومن سَقى رجلا سُمًّا فقتله؛ فإنه يقتل بقدر ما رأى

---

(١) أخرجه ابن ماجه، برقم (٢٦٦٧) من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه، والدارقطني، برقم (٣٠٨٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أحمد في مسند، برقم (١٧٩٢٨) والدارقطني، برقم (٣١٥١) كلاهما من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه.

(٣) انظر: حاشية الصاوي: ٣٨١/٩.

(٤) أخرجه البخاري، برقم (٣٠١٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

الإمام، فحملها في "البيان " على أنه يقاد به، ويكون - أي الإمام - راجعًا إلى قلة السم وكثرته؛ لأن من الناس من يسرع موته باليسير، ومنهم من لا يسرع موته إلا بالكثير؛ لاختلاف أمزجة الناس، وهو ظاهر لفظ الإمام وظاهر الواضحة، وتأولها ابن أبي زيد على غير ظاهرها، فقال: يعني يجب القود بغير السم، وهذا المعنى المشار إليه نحوه لأبي عمران.

(ص): (**فَيُخْنَقُ، ويُغَرَّقُ، وَيُحَجَّرُ، وَلا عَدَدَ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ قَتَلَهُ بِعَصَوَيْنِ ضُرِبَ بالعَصَا حَتَّى يَمُوتَ...**)

(**ش**): يعني: ويقتص بالخنق والتغريق، وإذا قتله بالحجر قُتِلَ به، وإن كان إذا كتف يغرق، فقال أشهب: يقتل، وكذلك كل ما هو من هذا المعنى من طرحه من مكان مرتفع، وشرط عبد الملك في الحجر أن يكون مما يشدخ، قال: ولا يقتل بالرمي بالنبل ولا بالرمي بالحجارة؛ لأنه لا يأتي على ترتيب القتل، وهو من التعذيب. وقوله: (فَلو ضربه بعصوين) أي: ضربتين، ضُرب بالعصا حتى يموت، وهكذا قال مالك في "الْمُدَوَّنَة". قال عنه ابن نافع: وذلك إذا كانت الضربة تجهزه، فأما أن يضربه ضربات فلا[1].

اللخمي: واختلف إذا ضرب مثل العدد الأول فلم يمت، فقال ابن القاسم: يضرب بالعصا حتى يموت، وقال ابن مالك عند محمد: إن كانت العصا تجهز في ضربة لا يكون شيء بين مختلف، فله أن يقتله بالعصا وإن شاء بالسيف، وأما ضربات فلا وليقتله بالسيف.

وقال أشهب: إن رأى أنه إن زِيدَ مثل الضربتين مات زِيدَ وهذا أحسن، فإذا مات الأول عن خمس ضربات ضرب مثل ذلك العدد، فإن لم يمت ورأى أنه إن زِيدَ مثل الضربة والضربتين مات؛ فعل وإلا أُجْهِزَ عليه بالسيف.

(ص): (**فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُطَوِّلُ فِي قَتْلِهِ؛ فَبالسَّيْفِ عَلَى الأَصَحِّ**)

(**ش**): الأصح نص عليه في "التلقين"، وكذلك صححه القاضي أبو بكر، فقال: الصحيح من قول علمائنا أن المماثلة واجبة، إلا أن يدخل في حدِّ التعذيب فليترك إلى السيف، ومقابل الأصح هو ظاهر الإطلاقات.

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٨٢/٩.

(ص): (**فَلَوْ قَطَعَ رِجْلَيْهِ وَيَدَيْهِ، وَفَقَأَ عَيْنَيْهِ قَصْدًا للتَّعْذِيبِ فُعِلَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مُدَافَعَةً فَالسَّيْفُ...**)

(ش): يعني: أن ما دون النفس يدخل فيها؛ إلا أن يقصد التعذيب والمثلة، ولو ضرب بالسيف فانكسر قبل قتله، فأخذ رُمحًا وطعنه به، أو ألقاه في نهر فمات لقتله بالرمح أو التغريق، وعلى هذا فقوله: (فَالسَّيْفُ) مخصوص بمن قتل به.

(ص): (**وَمَهْمَا عَدَلَ الْمُسْتَحِقُّ إِلى السَّيْفِ مُكِّنَ**)

(ش): لأنه عدل إلى الأخف.

(ص): (**وَلَوْ قَطَعَ يَدًا لِرَجُلٍ، وَرِجْلا لآخَرَ، وَقَتَل آخرَ، فَالقَتْلُ يَأْتِي عَلَى ذَلِك كُلِّهِ**)

(ش): هذا تَكْرار مع قوله أولا: (وَإِذَا اجْتَمَعَ مُستحقُّ النَّفْسِ وَمُسْتَحِقُّ الطَّرَفِ قُتِلَ وَلَمْ يُقْطَعْ) وقد تقدم أنه ينبغي أن يُقَيد ذلك بما إذا لم يقصد المثلة، ووقع فرع يدل على خلاف هذا المعنى؛ وهو إذا قطع يد رجل عمدًا، ثم قطع القاطع خطأ أو عمدًا فصالح أولياؤه في العمد على مال، فقيل: لا شيء لمن قطعت يده؛ لأن الدية إنما أخذت على النفس. وقال محمد: إن أخذوا الدية في الخطأ أو العمد، فللمقطوع يده أخذ حقه من ذلك.

اللخمي: والأول أحسن؛ لأن الدية إنما أخذت عن النفس ولم تؤخذ عن اليد.

(ص): (**وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْهُ خَطَأً فَلا يَسْقُطُ**)

(ش): يعني: أَمَّا ما كان من القطع خطأ فلا يسقط، كما لو قطع يد شخص خطأ، وفقأ عين آخر كذلك، ثم قتل آخر عمدًا؛ فإن على العاقلة دية اليد والعين، ويقتص من الجاني في القتل، وهذا لا يختلف فيه.

(ص): (**وَلَوْ قَطَعَ أَصَابعَ عَمْدًا ثُمَّ قَطَعَ الكف قُطِعَت مِنَ الكَفِّ، إلا أَنْ يُفْهَمَ التَّعْذِيبُ فَيُفْعَلُ بِهِ كَذَلِكَ**)

(ش): يعني: لا يندرج الجزء في الكلِّ في النفس، فكذلك أيضًا لا يندرج الجزء في الكلِّ والطرف، وكلامه ظاهر التصور[1].

(ص): (**وَفِي مُوجَبِ العَمْدِ رِوَايَتَانِ لابْنِ القَاسِمِ وَأَشْهَبَ: تَعَيُّنُ القَوَدِ، والتَّخْيِيرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدِّيَةِ...**)

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٨٣.

(ش): (مُوجَبِ) بفتح الجيم، اختلف فيما يوجب العمد، هل القصاص فقط وهي رواية ابن القاسم، أو التخيير بينه وبين الدية وهي رواية أشهب، وبها قال أشهب واختيار جماعة من المتأخرين؛ لما في الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: "مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرِينِ؛ إِمَّا أَنْ يُوَدِي، إِمَّا أَنْ يُقَادَ"(١).

قال جماعة: هذا الخلاف إنما هو في النفس، وأما الجرح العمد فإن أشهب يوافق المشهور، ونقل عن ابن عبد الحكم التخيير في جراح العمد كالنفس، وفرق الباجي بين الجراح والنفس على رواية أشهب؛ بأن الجارح يريد استيفاء الحال لنفسه، والقاتل إذا قتل ترك المال لغيره، فهو مضار بامتناعه من الدية.

(ص): (**فَعَلَى الأَوَّلِ لَوْ عَفَا عَنِ القِصَاصِ أَوْ مُطْلَقًا سَقَطَ القِصَاصُ وَالدِّيَة. قَالَ: إِلا أَنْ يَظْهَرَ أَنَّه أَرَادَهَا فَيَحْلِفُ...**)

(ش): يعني: إذا فرعنا على رواية ابن القاسم وهي تعين القود، فإذا عفا عنه لم تبق له مطالبة، وسواء قال: عفوت عن القصاص، أو قال: عفوت وأطلق، فقوله: (مُطلقًا) صفة لمصدر محذوف؛ أي: عفوًا مطلقًا غير مقيد سقط القصاص؛ لتصريحه بالعفو عنه، والدية لأنها غير واجبة له في الأصل. وفاعل (قال) عائد على مالك، ولعله نسبه لمالك لإشكاله على عادته وعادة غيرهم أنهم يتبرءون من بعض المسائل ينسبونها لأهل المذهب بقولهم: قالوا، أو ينسبونها لمالك إشارة منهم إلى أنه ليس فيها إلا النقل، ووجه الإشكال الذي أشار إليه المصنف هنا ظاهر؛ لأن الدية إذا لم تكن واجبة له في الأصل فلا يقبل قوله في إرادتها، وعبَّر المصنف بقوله: (أن يظهر)، وفي "الْمُدَوَّنَة": لفظة (بين) أقوى، ولهذا قال ابن عبد السلام: التحقيق إن كان الذي ظهر من ولي الدم أمارة قوية تدل على أنه ما عفا إلا لأجل الدية؛ فيحلف ويبقى على حقه في القصاص إذا امتنع القاتل من إعطاء الدية، وإن كانت تلك الأمارة ضعيفة لا تفيد إلا الشك أو ظنًّا ضعيفًا، فيحتمل ألا تعتبر ولا يمين، ويحتمل أن يُقال إنها كالأمارة القوية؛ لأن القول بالتخيير قوي، ومن حق الولي أن يقول: إنما أنا اعتقدت، وإذا كان الخصم يعذر بالجهل فهنا أَوْلَى. قال: وينبغي أن يحمل قول المصنف: (إلا أَنْ يظهرَ) على القسم الأول من قسمي الأمارة؛ لأن لفظة في "الْمُدَوَّنَة" يدل عليه؛ لأنه قال: (بين) هذا

---

(١) أخرجه النسائي في الصغرى، برقم (٤٧٨٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

معنى كلامه، ثـم هذا متقيد بما إذا قال في الحضرة: إنما عفوت عن الدية، وأما لـو سكت حتى طال فلا شيء لهم، قاله مالك في "الواضحة"، وقاله ابن الماجشون وأصبغ.

(ص): (**وَكَذَلِكَ لَو عَفَا عَنِ العَبْدِ، وَلا طَلَبَ لَهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا**)

(ش): أي: عن القصاص الواجب على العبد، ثم قال: إنما عفوت لآخذ العبد، لم يكن له ذلك، إلا أن يتبين ذلك فيحلف. وقوله: (ولا طلب له بواجدٍ منهما) أي: بالعبد، ولا بدية الحر المقتول، وفي معناها قيمة العبد المقتول.

فرع:

ولـو حلف الولي في مسألة العبد، خيرنا السيد في دفعه له وفي دفع الدية. قال في "الْعُتْبِيَّة" و"الْمَوَّازِيَّة": منجمة، وأشار ابن يونس إلى أنه تفسير للمدونة. قال ابن رشد: مذهب "الْمُدَوَّنَة" هنا أنها حالَّة، وقد تقدم التنبيه على ذلك في مسألة اصطدام الحر والعبد. في جعله مسألة العبد مفرعة على رواية ابن القاسم نظر؛ لأن الحكم فيها تخيير الولي في القتل أو العفو على أخذ العبد، ثم تخيير السيد على ما تقدم، فالتخيير فيها حاصل اتِّفاقًا لهم، إلا أن يقال: لم يقصد المصنف أن مسألة العبد مفرعة على قول ابن القاسم، وإنما عطفها على مسألة الحر لارتباطها بها، وتشبيه ابن القاسم إحداهما بالأخرى.

(ص): (**وَلا لِمَنْ يُعْتَبَرُ عَفْوُهُ: كَالْبَنَاتِ مَعَ الابْنِ، والأَخَوَاتِ مَعَ الأخِ**)

(ش): هذا معطوف على الحر المتقدم؛ أي: لا طلب لهؤلاء لمن يعتبر عفوه عن غير الأولياء وإن كان وارثًا، وهذا استفيد مما قدمه المصنف بقوله: (وَلا تَدْخُلُ بِنْتٌ عَلَى ابْنٍ وَلا أُخْتٌ عَلَى أَخٍ مِثْلِهَا) وهو ظاهر المذهب وبه قال ابن القاسم وأشهب. وروى أشهب عن مالك أيضًا: إن عفا الذكور كلهم فحق أخواتهم في الدية باقٍ.

ابن المواز: وبالقول الأول قال من أدركنا من أصحاب مالك، ثم إن الأول مقيد بأن يعفو كل من له العفو في فور واحد، وأما لو عفا بعض من له ذلك ثم بلغ من بقي وعفا؛ فلا يضر ذلك من معهما من أخت وزوجة؛ لأنها مال ثبت بعفو الأول، قاله محمد.

(ص): (**فَإِنْ بَقِي مَنْ يُعْتَبَرُ عَفْوُه سَقَطَ نَصِيبُ العَافِي خَاصَّةً، وَلَوْ كَانَ مُفلِسًا صَحَّ، إِلا أَنْ يَعْفُو بَعْدَ أَنْ تَعَيَّنَ الْمَالُ بِاتِّفَاقِهِمَا...**)

(ش): كما لو كانوا ثلاثة بنين فعفا أحدهم؛ فإنه يسقط نصيبه ويكون لمن لم يعف نصيبه من دية عمد، فإن كان مفلسًا صحَّ، إلا أن يعفو بعد أن تعين المال باتفاقهما؛ أي: ولو كان العافي مفلسًا صح العفو، وهو واضح على قول ابن القسام الذي لا يرى للولي إلا القصاص، وكذلك نص أشهب ورأى أن قدرة الولي على تملك هذا المال لا تصيره ملكًا له[1].

وقوله: (إلا أَنْ يعفو) ظاهره أسقط مالا بعد وجوبه. الضمير في (اتفاقهما) يعود على الولي والجاني.

(ص): **(فَإِنْ كَانَ بَعْدَ عَفْوِ أَحَدِ الوَلِيَّيْنِ بِشَيءٍ أَوْ بِغَيْرِ شَيءٍ، فَلَهُ أَخْذُ حِصَّتِهِ مِنْ دِيَةِ عَمْدٍ)**

(ش): يعني: فإن عفا الولي بعد عفو الأول فللثاني حصته من دية عمد، وسواء كان عفو الأول على مال أو لا، وكان بعد عفو الأول عاد نصيب الثاني مالا، وإن كان مفلسًا لا يصح عفوه.

(ص): **(وَإِذَا عَفَا بَعْضُ مَنْ لَهُ الاسْتِيفَاءُ، فَإِنْ كَانَ الْجَمِيعُ رِجَالا سَقَطَ القَوَدُ)**

(ش): لما تكلم على العفو باعتبار ما يتعلق به من سقوط الدية وعدم سقوطها، شرع فيما يتعلق به من سقوط القود وعدمه، ثم إن المستحق تارة يكون جميعهم رجالا، وتارة يكون جميعهم نساءً، وتارة يجتمعان، وتكلم المصنف على الثلاثة، فقال: (إن كان الجميعُ رجالا سقَطَ القود) وظاهره سواء كانوا أولادًا أو إخوة أو غيرهم كالأعمام والموالي، ولا خلاف في الأولاد والإخوة، وأما الأعمام ونحوهم فما ذكره المصنف هو لمالك وابن القاسم. وروى أشهب عن مالك في "الْمَوَّازِيَّة": عدم السقوط، وأن لمن بقي أن يقتل، وإن ثبت الدم بقسامة ونكل أحدهم؛ أقيم مكانه رجل من العشيرة.

ابن رشد: وإذا عفا أحد الأولياء عن الدم بعد ثبوته بالبينة أو بالقسمة أو أكذب نفسه بعد القسامة، فثلاثة أقوال:

أولها: لابن الماجشون: الدم والدية يبطلان. ثانيها: أن لمن لم يعف ولا أكذب نفسه حظه من الدية. والثالث: إن عفا كان لمن بقي حقه، وإن أكذب نفسه لم يكن لمن

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٨٤.

بقي شيء من الدية، وإن كانوا قد قبضها ردوها، وهو مذهب ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة"، وغيرها.

قال: ويأتي في بُطلان الدية بعفو أحد الأولياء من الدم ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها تبطل ولا شيء لمن بقي، وهو قول ابن الماجشون. الثاني: أن لمن بقي حظه من الدية بغير قسامة إن كان العفو بعد ثبوت الدم، أو بقسامة إن كان العفو قبلها. والثالث: تفرقة ابن القاسم بين أن يكون العفو قبل ثبوت الدم أو بعده، وساوى ابن القاسم بين العفو والنكول عن اليمين قبل القسامة، وفرق بعد القسامة بين أن يعفو أحد الأولياء أو يكذب نفسه، فجعل تكذيب نفسه بعد القسامة كعفوه عن الدم قبل القسامة، لا شيء لمن بقي من الدية.

(ص): **(وَإِن كُنَّ نِسَاءً نَظَرَ الْحَاكِمُ)**

(**ش**): هذه الصورة الثانية.

قال في "الْمُدَوَّنَة": وإن لم يترك إلا بنته أو أخته، فالابنة أَوْلَى بالقتل وبالعفو، وهذا إذا مات مكانه، وقال أيضًا فيها فيمن أسلم من أهل الذمة، أو رجل لا تعرف عصابته فقتل عمدًا أو مات مكانه، وترك بنات فلهنَّ أن يقتلن، فإن عفا بعضهن وطلب بعضهن القتل، نظر في ذلك السلطان بالاجتهاد إذا كان ذلك عدلا، فإن رأى العفو أو القتل أمضاه، وهذا الكلام هو الذي اختصره المصنف، والكلام الأول أَوْلَى بالذكر؛ لأن النساء فيه يحزن الميراث، فتتم المقابلة بسببه بين هذه المسألة والتي قبلها.

أبو عمران في مسألة المصنف: وإنما كان للإمام في ذلك؛ إذ هو بمنزلة العصبة؛ لأنه يرث لبيت المال ما بقي. قيل لأبي عمران: أرأيت إن لم يكن إمام عدل كوقتنا هذا، فقال: الذي يتبين لي ألا سبيل له في القتل إلا أن يكون فيه جماعة عدول مجتمعون وينظرون، فإن رأوا القتل قتلوا وينوبون مناب السلطان[1].

(ص): **(فَإِنْ كَانُوا رِجَالا وَنِسَاءً؛ لَمْ يَسْقُطْ إِلا بِهِمَا أَوْ بِبَعْضِهِمَا، وَإِلا فَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُقْتَصِّ..)**

(**ش**): هذه هي الصورة الثالثة، وهي إنما تتصور إذا كانت النساء أقرب؛ لأنه قدم أنه لا كلام لهنَّ مع المساوي. وقوله: (لم يسقط) أي: القود إلا باجتماعهما على العفو

(١) انظر: حاشية العدوي:١٨٤/٧، وحاشية الصاوي: ٣٤٦/٩.

أو بعضهما؛ أي: بعض هذا الصنف وبعض هذا الصنف، وأحرى إذا اجتمع جميع صنف مع بعض الآخر.

وقوله: (إلا) أي: وإن لم يكن ما تقدم، بل عفا أحد الصنفين وأراد الصنف الآخر القتل، وهذا مذهب "الْمُدَوَّنَة"؛ أن العفو لا يتم إلا بهما أو ببعضهما، وَأَنْ القول قول مَنْ أراد القتل منهما جميعًا، وهو إذا ثبت الدم بقسامة. وروي عن مالك: أن القول قول العصبة في العفو والقتل. وروي أيضًا: أن القول قول من أراد القتل منهما جميعًا، ولو ثبت الدم ببينة وحاز النساء الميراث؛ فلا كلام للعصبة كما تقدم.

(ص): (**وَمَهْمَا أَسقَطَ البَعْضُ تَعَيَّنَ لِبَاقِي الوَرَثَةِ نَصِيبُهُمْ مِنْ دِيَةِ عَمْدٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ عَفَا البَعْضُ أَوِ الْجَمِيعُ عَلَى الدِّيَةِ**)

(ش): أي: مَهْمَا سَقَطَ القَوْد بعفو بعض مَنْ لَهُ القود تعين لباقي الورثة نصيبهم من دية عمد، وكذلك لو عفا البعض أو الجميع على الدية لوجبت عليهم دية عمد.

ابن عبد السلام: ولو عفا البعض على جميع الدية فللباقين نصيبهم من حساب دية عمد، ثم يقيمون كلهم ما حصل لهم ويقتسمونه كأنهم اجتمعوا على الصلح به.

(ص): (**وَلَوْ قَالَ القَاتِلُ: إِنْ قَتَلْتَنِي فَقَدْ وَهَبْتُ لَكَ دَمِي، فَقَولانِ. قَالَ ابنُ القَاسِمِ: وَأَحْسَنُهُمَا أَنْ يُقْتَلَ، بِخِلافِ عَفْوِهِ بَعْدَ عِلْمِهِ أَنَّهُ قَتَلهُ، فَلَوْ أَذِنَ فِي قَطْعِ يَدهِ عُوقِبَ وَلا قِصَاصَ...**)

(ش): هذا الذي نسبه المصنف لابن القاسم، وذكر في "الجواهر " أن أبا زيد رواه عن ابن القاسم، وهو في "العتبية" لسحنون ففيها: سئل سحنون عن الرجل يقول: يا ليتني أجد مَنْ يقتلني، فقال له رجل: أشهد على نفسك أنك وهبت دمك وعفوت عني وأنا أقتلك، فأشهد لي على ذلك، فأشهد وقتله، فقال لي: قد اختلف في ذلك أصحابنا، والأحسن في ذلك أن يقتل القاتل؛ لأن المقتول عفا عن شيء لم يجب له إنما يجب لأوليائه، ولا يشبه من قتل فأدرك حيًّا، فقال: أشهدكم أني قد عفوت عنه، قيل له: فلو قال له اقطع يدي فقطعها، فقال: لا شيء عليه؛ لأن هذا ليس بنفس، وإنما هو جرح. وزاد في "البيان " ثالثًا: نفي القصاص لشبهة عفو المقتول عن دمه، وتكون الدية عليه في ماله، قال: وهو أظهر الأقوال[1].

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٤، والذخيرة:١١/٣٩.

(ص): (وَلَوْ عَفَا عَنْ جُرْحِهِ أَوْ صَالَحَ فَمَاتَ، فلِلأَوْلِيَاءِ أَنْ يَقْسِمُوهَا وَيَقْتُلُوا فِي العَمْدِ، والدِّيَةُ فِي الْخَطَأِ، وَيَرْجِعُ الْجَانِي فِيمَا أُخِذَ مِنْهُ. قَالَ أَشْهَبُ: إلا أَنْ يَزِيدَ: عَمَّا يَتَرَامَى إِلَيْهِ...)

(ش): يعني: لو عفا المجروح عن جرحه أو صالح عليه بمال ثم مات المجروح، خير أولياء المجروح في إمضاء العفو والمصالحة، وفي نقض ذلك، ويرجعون إلى حقهم في النفس في العمد، والدية في الخطأ بعد قسامتهم، وإن نقضوا ذلك رجع الجاني فيما دفع للمجروح إن كان دفع إليه شيئًا. قوله: (قال أشهبُ... إلخ) ظاهره أن المذهب: يخيرون ولو قال ذلك، وأشهب يقول: ليس لهم خيرة إذا قال ذلك.

ابن عبد السلام: اختلف شارحو "الْمُدَوَّنَة" هل يجوز الصلح عند ابن القاسم على هذه الزيادة التي ذكرها أشهب أو لا؟ واعلم أن الصلح إما أن يقع بدون هذه الزيادة أو بها، فإن وقع بدونها في العمد والخطأ فثلاثة أقوال:

أولها: التخيير كما قال المصنف. ثانيها: ليس لهم التمسك بذلك الصلح في العمد والخطأ إلا برضا القاتل؛ لأن من حقه في العمد أن يقول: عادت الجناية نفسًا فليس لكم إلا القسامة والقود، وكذلك يقول في الخطأ: الدية وجبت على العاقلة، وهو قول أشهب. والثالث لابن القاسم: الفرق، فيخيرون في العمد ولا يختارون في الخطأ، وهو ظاهر "الْمُدَوَّنَة" عند صاحب " البيان".

وَأَمَّا الصلح على الزيادة المذكورة، فإن كان في جراح الخطأ والتي دون النفس كالموضحة؛ فلا خلاف أن الصلح فيها على هذه الزيادة لا يجوز؛ لأنه إن مات كانت الدية على العاقلة، فهو لا يدري يوم صالح ما يجب عليه، وهي خطأ، ففي "البيان": يتخرج على قولين:

أحدهما: لا يجوز، وهو قول ابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة"، وظاهر ما في "الواضحة"[1]. والثاني: أنه جائز؛ إذ لا غرر فيه؛ لأن دية الجراح إنما تجب على العاقلة كنفس، فإنه صالح عنها.

وأما جراح العمد فيما فيه القصاص والمصالحة فيه جائزة، على ظاهر "الْمُدَوَّنَة" ونص عليه ابن حبيب في "الواضحة"، خلاف ما نص عليه ابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة" من

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٥، والذخيرة:١١/٤٠.

المنع. وأما جراح العمد التي ليس فيها القصاص؛ فلا يجوز فيه الصلح على الموت، حكى ذلك ابن حبيب في "الواضحة". قال في "البيان": ولا أعرف فيه نص خِلاف، وأما الصلح فيه على الجرح وحده دون الموت؛ فأجازه ابن حبيب فيما له دية مسمَّاة كالمأمومة والمنقلة والجائفة، وقال أيضًا: لا يجوز فيه بعينه على ما يترامى إليه من زيادة، ولم يجز فيما الدية فيه مسماة إلا بعد البرء.

(ص): (**وَلَوْ صَالَحَ فِي العَمْدِ عَلَى مَالٍ أَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ أَوْ أَقَلَّ إِلى أَيِّ أَجَلٍ كَانَ جَازَ؛ لأَنَّه دَمٌ لا مَالٌ...**)

(ش): أي: لو صالح الجاني. وما ذكره ظاهر على قول ابن القاسم؛ لأن الواجب إنما هو القصاص؛ إذ لا مانع، وأما على قول أشهب فيحتمل أن يقال فيه بالمنع إذا صالح على مال أكثر لا يلزم من فسخ الدين في الدين، لكن شرط أن يضم إلى هذا اعتبار قاعدة: من خُيِّر بين شيئين يعد منتقلا، وقد يقال: إن دية العمد لم تتقرر، وهذا هو الذي نص عليه أشهب، فقد أجاز في "الواضحة " الصلح على ذهب أو ورق أو عرض، مثل الدية أو أكثر منها إلى أجل أو نقدًا.

(ص): (**وَلَوْ صَالَحَ فِي الْخَطَأِ اعْتُبِرَ بَيْعُ الدَّيْن بالدَّينِ لأَنَّهُ مَالٌ**)

(ش): لأن الواجب في الخطأ مال. وقوله: (بيعُ الدَّين بالدين) إنما يظهر إذا كان المصالح الجاني. وأَمَّا إن صالحت العاقلة؛ فهو فسخ الدين في الدين. ثُمَّ قوله: (اعْتُبِرَ بَيْعُ الدَّين بالدَّيْنِ) فيه قصور؛ لأنه يقتضي الجواز في النقد مُطْلَقًا، الورق عن الذهب وبالعكس؛ لأنه صرف مستأخر، وهو ظاهر[1].

(ص): (**وَكَذَلِكَ يُعْتَبَرُ عَفْوُهُ مِنَ الثُّلُثِ وَتُحَاصُّ العَاقِلَةُ مَعَ ذَوِي الوَصَايَا فِي ثُلُثِهَا وَثُلُثِ غَيْرِهَا إِنْ كَانَ...**)

(ش): أي: ولأجل أن الخطأ مال إذا عفا عنها لم يصح عفوه عنها إلا في الثلث، فإن خرجت من الثلث صحت الوصية، وإلا وقف الزائد على الثلث على رضا الورثة، ولو أوصى بوصايا أخر لتحاصت العاقلة مع أهل الوصايا الأخر في ثلث الدية وثلث غيرها، (إن كان) أي: إن كان له مال غير الدية.

(ص): (**وَيَدْخُلُ فِي ثُلُثِهَا مَنْ أَوْصَى له بَعْد سَبَبِهَا، أَوْ بِثُلُثِهِ قَبْلَهَا، أَوْ بِشَيْءٍ إِذَا**

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٦، والذخيرة:١١/٤١.

عَاشَ بَعْدَهَا مَا يُمْكِنُهُ التَّغْيِيرُ فَلَمْ يُغَيِّرْ)

(ش): أي: في ثلث الدية وصية مَنْ أَوْصَى له بعد طروء سببها، وهو الجرح أو إنفاذ المقاتل، وكذلك يدخل في ثلثها وصية من أوصى له بثلث ماله قبلها؛ أي: حدوث سببها، وكذلك أيضا يدخل في ثلثها مَنْ أُوصي له بشيء معين كدار وعبد.

قوله: (إذا عاش) شرط فيما يوصى به قبل سببها، و(ما) في قوله: (ما يُمْكِنُهُ) مصدرية ظرفية؛ أي: مدة يمكنه فيها التغيير، واحترز بذلك مما لو غم بعد الضرب أو الجرح أو الموت، فإنه لا يدخل الوصايا فيها.

(ص): (بِخِلافِ العَمْدِ، فَإِنَّهُ لا مَدْخَلَ للوصِيَّةِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ يُورَثُ كَمَالِهِ وَيَغْرَمُ الدَّيْن مِنْهُ...)

(ش): أي: لأن العمد ليس بمال، فإذا قبلت الدية بعد موته؛ فهو مال طارئ بعد الموت فلا تدخل فيه الوصايا.

قال في "المدونة": ولو أن الموصي قال: إن قبل أولادي الدية فوصيتي فيها أو أوصي بمثلها؛ لم يجز، ولا يدخل منها في ثلثه شيء؛ لأن ذلك عند الموت يوم أوصى مال مجهول، محمد: بل لا مال له، ولهذا قال بعضهم: لو أنفذ له مقتل بقي حيًّا يتكلم فقبل أولاده الدية وعلم بها لدخلت فيها وصاياه؛ لأنه مال علم به قبل زهوق نفسه. وقوله: (وَإِنْ كَانَ يورث كَمَالِهِ... إلخ). فيعني أنه لا يضر في سلب المالية كونه يورث عنه، ويغرم منه الدين؛ لأنه مال لم يعلم، أو ليست بمال حقيقة، فتأمله[1].

(ص): (وَصُلْحُ الْجَانِي يَمْضِي عَلَى العَاقِلَةِ كَالْعَكْسِ)

(ش): هذا ظاهر؛ لأن العاقة تؤدي الدية من أموالهم ولا يرجعون بها عليه، فكما لا يلزم الأجنبي ما صالح عنه غيره كذلك هنا، وكذلك العكس.

(ص): (وَلِلْقَاتِلِ الاسْتِحْلافُ عَلَى العَفْوِ، فَإِنْ نَكَلَ رُدَّت يَمِينًا وَاحِدَةً، فَإِنْ حَلَفَ بَرِئَ، وَإِنْ ادَّعَى بَيِّنَةً غَائِبَةً تُلُوِّمَ لَهُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لا يَمِيْنَ عَلَى وَلِيِّ الدَّمِ؛ لأَنَّ يَمِينَ الدَّمِ لا يَكُونُ إلا خَمْسِينَ...)

(ش): يعني: إذا ادَّعى القاتل على ولي الدم أنه عفا عنه وأنكر؛ فله أن يستحلفه على أنه لم يعفُ، هذا هو المشهور. وقال أشهب في "الْمَوَّازِيَّة": ليس له أن يستحلف؛

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٧، والذخيرة:١١/٤٢.

لأن اليمين لا تكون في استحقاق الدم إلا خمسين يمينًا، والقاتل يريد أن يجيب عليه قسامة أو بينة، ولو قال: يحلف؛ أي: يمينًا واحدة؛ لم يكن له ذلك، أرأيت لو استحلفه فلما قدم ليقتل قال: قد عفا عني استحلفه، ولو رد على المشهور أن لاعتبار الدعوى بمجردها معارضًا بعدم اعتبار دعوى المرأة الطلاق على زوجها، والعبد على سيده الحرية، وفرق بأن القتل نادر.

وقوله: (فإنْ نَكَلَ) هو تفريع على المشهور؛ أي: نكل ولي الدم ردت اليمين على القاتل. قال ابن يونس: فيحلف يمينًا واحدة لا خمسين؛ لأن المدعى عليه إنما يحلف يمينًا واحدة أنه ما عفا، وهي المردودة، فإن حلف القاتل برئ وإلا قتل. وقوله: (وَإِنْ ادَّعى بَيِّنة غَائِبَةً تُلُوِّمَ له) هكذا قال في "الْمُدَوَّنَة"[1].

(ص): (وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلَى نَفْسِهِ أو قِسْطًا منْهُ سَقَطَ القَوَدُ، كَأَرْبَعةِ إِخْوَةٍ قَتَل أَحَدُهُم أَبَاهُ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ البَاقِيْنَ؛ فَيَسْقُطُ القِصَاصُ وَلِبَقِيَّةِ الإِخْوَةِ حَظُّهُمْ مِنَ الدِّيَةِ...)

(ش): يعني: إذا ملك بالميراث دم نفسه سقط القود عنه؛ لأنه لا يباح له قتل نفسه، وكذلك أيضًا إذا ورث جزءه؛ لأنه ملك من دمه حصة فهو كالعضو، ولبقية أصحابه حظهم من الدية. قال: إلا أن يكون من الأولياء الذين من قام منهم بالدم فهو أَوْلى، فلمن بقي أن يقتلوا، وإذا سقط عنه القصاص بالإرث فإنه يضرب مائة ويحبس سنة.

وقوله: (ثُمَّ مات أحدُ الباقين) الثلاثة... ثلث دم القاتل منه ثلثه وهو التسع، فيسقط عنه القصاص، ويكون لكل آخر عليه أربعة أتساع الدية.

(ص): (أَوْ يَقتُلُ الثَّانِي الْكَبِيرَ، ثُمَّ يَقْتُلُ الثَّالِثَ الصَّغِيْرَ؛ سَقَطَ القِصَاصُ عَنِ الثَّانِي وَيَثْبُتُ لَهُ عَلَى الثَّالث، فَإِنْ عَفَا قَاصَّهُ بِنصْفِ الدِّيَةِ...)

(ش): يقتل الثاني في مسألة الإخوة الأربعة، الكبير منهم فيرث الأخ المقتول الثالث والصغير، فيكون بينهما دم الأخ الثاني للقاتل نصفين، فلما قتل الثالث الصغير ورث الآخر الثاني الصغير دون الثالث، فيصير له نصف دم نفسه الذي كان بيد الصغير، فيسقط القصاص ويكون هو ولي الصغير في القيام، فإن عفا عن الثالث قاصه بنصف الدية الذي كان عليه من قبل أخيه الكبير وأخذ منه النصف الباقي، وإن قتله دفع لورثته ما وجب لميتهم عليه؛ وهو نصف ديته.

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٨، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٦.

(ص): (فَلَوْ قَتَلَ أَحَدُ الابْنَيْنِ أَبَاهُ وَالآخرُ أُمَّهُ، فَقِيْلَ: لكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا القِصَاصُ، ويَجْتَهِدُ الحاكِمُ فِي البِدَايَةِ؛ فَمَنْ بَدَأَ بِهِ فَلِوَرَثَتِهِ أَنْ يَقْتُلُوا الآخرَ. وَقِيْلَ: يَسْقُطُ القِصَاصُ عَنْهُمَا وَيَجِبُ لأَحَدِهِمَا دِيَةُ الأَبِ وللآخَرِ دِيَةُ الأمِّ...)

(ش): صورة المسألة من كلامه ظاهرة، واجتهاد الحاكم على القول الأول ليس بظاهر، وينبغي أن يقرع، والقول الثاني لسحنون وابن عبدوس، واحْتَجَّا بأن لكلِّ واحد أن يقول: اقتلوا هذا قبلي، وهو قول ابن المواز، قال: ويسجنان سنة ويجلدان مائة.

(ص): (وَفِي كَوْنِ إِرْثِهِ عَلَى نَحْو الْمَالِ أَوْ عَلَى نَحْوِ الاسْتِيفَاءِ قَوْلانِ لابْنِ القَاسِمِ وَأَشْهَبَ...)

(ش): الضمير في (إرثه) عائد على القصاص، والقتل المفهوم من السياق نحو ميراث المال، فيدخل الذكور والإناث، وإن تساووا في الدرجة، وتدخل الزوجة وغيرها ويكون لهم العفو والقصاص كالعصبة، وهو قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة"، أَوْ على نحو ميراث استيفاء الدم، فلا تدخل الإناث إلا أَنْ يكون أعلى من الذكور، وهو قول أشهب.

(ص): (وَيُكْرَهُ قِصَاصُ الابْنِ مِنْ أَبِيهِ. قَالَ مَالِكٌ: يُكْرَهُ تَحْلِيفُهُ فَكَيْفَ بِقَتْلِهِ)[1]

(ش): هكذا عبَّر مالك بالكراهة، حملها أبو عمران على المنع وهو ظاهر، وقد قدَّم المصنف ما يدل عليه، وهو قوله: (وَشَرْطُ القِصَاصِ أَنْ يَكُونَ القَائِمُ بِالدم غَيْرَ وَلَدِ الأَبِ) قيل: وَإِذَا لَمْ يقتص منه فإنه يضرب مائة ويسجن عامًا.

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٤٩٩.

كِتَابُ الدِّيَاتِ[1]

لَمَّا فرغ من الموجب الأول وهو القصاص شرع في الموجب الثاني وهو الدية، والديات بتخفيف الياء: جمع دية، وجمعها لتعددها.

عياض: أصلها من الْوَدى وهو الهلاك، ومنه أودى فلان إذا هلك، فلما كانت تلزم من الهلاك سُمِّيت بذلك لكونها بسببه، وقد تكون أيضًا من التودية وهو شد أطباء الناقة؛ لئلا يرضعها الفصيل ومنعه من ذلك، كأن الدية تمنع مَنْ يطلب بها من فعل ما يوجبها كما يمنع ذلك القصاص والحدود، ويحتمل أن يكون من قولهم: ودأت الشيء -مهموز - أي أصلحته، ثم سهل همزها.

(ص): **(وَدِيَةُ الذَّكَرِ الحُرِّ المُسْلِم فِي الْخَطَأ إِنْ كَانَ الْجَانِي مِنَ البَادِيَةِ مائةٌ مِنَ الإبلِ مُخَمَّسَةٌ: بِنْتُ مَخَاضٍ، وبِنْتُ لَبُونٍ، وابْنُ لَبُونٍ، وحِقةٌ، وَجَذَعَةٌ. وَمِنْ أَهْلِ الذَّهبِ كَالشَّام وَمِصْرَ والْمَغْرِب أَلْفُ دِينَارٍ، وَمِنْ أَهلِ الوَرِقِ كالعِرَاقِ وَفارسَ وخُرَاسَانَ اثْنَا عَشْرَ أَلْف دِرْهَمٍ...)**[2]

(ش): احترز بالذُّكورية والحرية والإسلام والخطأ مما قابلها وسيأتي ذلك.

وقوله: (مائة) مرفوع خبر دية، و(مُخَمَّسَةٌ) صفة لـ (مائة)، و(بنتُ مَخَاضٍ) خبر ابتداء محذوف؛ أي: خمسها بنت مخاض.

وجعل أصبغ وابن حبيب أهل المدينة ومكة أهل ذهب.

وقال أشهب: أهل الحجاز أهل إبل وأهل مكة منهم، وأهل المدينة أهل ذهب، وما ذكره المصنف أن أهل المغرب من أهل ذهب نحوه في "الجلاب".

وقال ابن حبيب: أهل الأندلس أهل ورق.

---

(١) الدية: مصدر ودى القاتل المقتول أذا أعطي وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال: الدية تسمية بالمصدر، ولذا جمعت، وهي مثل "عدة" في حذف الفاء.
قيل: والتاء في آخرها عوض عن الواو في أولها. انظر: لسان العرب: ٣٨٣/١٥.
قال ابن عرفة: الدية مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه، أو بجرحه، مقدر شرعاً لا باجتهاد.انظر: الكافي: ١١٠٨/٢.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ٥٠٠/١.

الباجي: وهو يحتمل أن يكون خلافًا لما في "الجلاب"، ويحتمل أن يجمع بينهما بأن مراد ابن الجلاب: ما عدا الأندلس[١].

الباجي: وعندي ينظر إلى غالب أحوال الناس في البلاد، فأي بلد غلب على أهله شيء كانوا من أهله، وإن انتقلت الأحوال وجب أن تنتقل الأموال، وقد أشار أصبغ إلى ذلك بقوله: فمكة والمدينة هم اليوم أهل ذهب، ولا يؤخذ عندنا في الدية غير هذا لا بقر ولا غنم ولا عرض.

(ص): (**وَفِي العَمْدِ مُرَبَّعَةٌ بِإِسْقَاطِ ابْنِ اللَّبُونِ**)

(**ش**): فتكون خمسًا وعشرين بنت مخاض، وخمسًا وعشرين بنت لبون، وخمسًا وعشرين حقة، وخمسًا وعشرين جذعة.

قال في "الجواهر": ولوجوب دية العمد سببان: العفو على دية مبهمة، وعفو بعض الأولياء، فرجع الآخر إلى الدية فهي كدية الخطأ إلا أن العاقلة لا تحمل منها شيئًا، وتنجم على الجاني ثلاث سنين، وإنما تفترق من دية الخطأ فإن العاقلة لا تحملها.

(ص): (**وفِي أَهْلِ الذَّهَبِ وَالوَرَقِ قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: كَالْخَطَأِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: يُزَادُ نِسْبَةُ مَا بَيْنَ التَّرْبِيعِ وَالتَّخْمِيسِ، وَقِيلَ: قِيمَةُ الإبلِ الْمُغَلَّظَةِ ما لَمْ تَنْقُصْ...**)

(**ش**): يعني: اختلف إذا وجبت على أهل الذهب والورق دية عمد على ثلاثة أقوال لابن القاسم، ورواه عن مالك أنها كالخطأ، وأن التغليظ خاص بالإبل؛ لأن التغليظ في الإبل لا يخرج عن القدر الواجب بخلاف التغليظ في الذهب والورق، وتصور القول الثاني من كلامه ظاهر[٢].

وقوله في القول الثالث: (الإبلِ المُغَلَّظَةِ) أي: في دية العمد، ولا يُقال: **الْمُغَلَّظة في شِبه العَمْدِ**؛ لأنَّ مالك لَمْ يقدم لها ذكر.

(ص): (**وَدِيَةُ الْخَطَأِ عَلَى العَاقِلَةِ مُنَجَّمَةٌ ثَلاثَ سِنِينَ**)

(**ش**): نقل الترمذي في كتابه الإجماع على هذا، قال صاحب " الاستذكار": ولا خلاف بين العلماء أنها في ثلاث سنين شذوذ، والأظهر في (مُنَجَّمَةٌ) الرفع على الخبر، ويحتمل النصب على الأول، ويكون (ثلاث سنين) الخبر.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/ ٢٦٧.

(٢) انظر: إرشاد السالك: ١/١٨٥.

(ص): (وَالعَمْدُ فِي مَالِ الْجَانِي كَذَلِكَ، وَقِيْلَ: حَالَّةٌ)

(ش): هذا الثاني هو المشهور، وقول المصنف (قيل) ليس بظاهر، والقول بأنها كذلك؛ أي مُنَجمة في "الْمَوَّازِيَّة".

(ص): (وتُغَلَّظُ الدِّيَةُ عَلَى الآبَاءِ وَالأمَّهَاتِ دُونَ غَيْرِهِمْ فِي العَمْدِ الَّذِي لا يُقْتَلُ بِهِ كَمَا لَوْ جَرَحَهُ بِحَدِيدَةٍ وَشِبْهِهَا وَهُوَ عَمْدٌ، وَلِذَلِكَ لا يَرِثُ مِنْ مَالِهِ، ويُقْتَلُ غَيْرُهُمْ فِي شِبْهِ العَمْدِ عَلَى القَوْلِ بِهِ كَفِعْلِ المُدْلِجِيّ بِابْنِهِ...)

(ش): جمع (الآباء والأمَهَات) ليدخل الأجداد والجدات كما تقدَّم دون غيرهم من الأعمام ونحوهم.

قوله: (كَمَا لو جَرَحَهُ) مثال، وقوله: (وَهُوَ عَمْدٌ) إنَّما أعاد ذلك لدفع أن يكون المراد بقوله: (فِي العَمْدِ) المجاز لوصفه بأن لا يقتل به، (ولذلك) أي: أنَّه عَمَد وهو ظاهر[1].

وأَشَار بصفة (المُدْلجي) إلى ما رَوَاه مالك في "الموطأ " عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب: أَنَّ رجلا من بني مدلج - يقال له: قتادة - حذف ابنه بالسيف فأصاب ساقه؛ فَنُزِيَ فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فذكر له ذلك، فقال عمر: اعدد لي على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك، فلما قدم عمر أخذ من تلك الإبل ثلاثين حِقَّةً، وثلاثين جَذَعَةً، وأربعين خَلِفَةً، ثم قال: أين أخو المقتول؟ قال: هأنذا، قال: خذها فإن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "لَيْسَ لِقَاتِلٍ شَيْءٌ"[2].

(ص): (وَتَغْلِيظُهَا بالتَّثْلِيثِ حِقَّةٌ وجَذَعَةٌ وأَرْبَعونَ خَلِيفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْلادُهَا)

(ش): زاد ابن الجلاب بعد قوله: (فِي بُطُونِهَا أَوْلادُهَا) غير محدودة أسنانها، وهذا هو المشهور.

قال أشهب وعبد العزيز بن أبي سلمة: بين ست إلى بازل علمها.

وقوله: (بالتَّثْلِيث) متعلق بـ (تَغْلِيظُهَا) وسقط (تَغْلِيظُهَا) في بعض النسخ، فيتعلق (بالتَّثْلِيثِ) بقوله أولا: (وتُغَلَّظُ).

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١١/٣٢٧.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١٦٢٠) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأحمد في مسنده، برقم (٣٤٩).

(ص): (وَبِحُلُولِهَا)

(ش): معطوف على التثليث؛ أي: وتغلظ بحلولها.

(ص): (وَفِي كَوْنِهَا مِنْ مَالِهِ حَالَّةً لا عَلَى العَاقِلَةِ ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فَعَلَيْهِ)

(ش): يعني: أنه اختلف في الدية المغلظة على ثلاثة أقوال:

المشهور: أنها حالة في ماله.

والقول الثاني: أنها على العاقلة، ولم يبين هل حالة أو منجمة، والظاهر أنه أراد التنجيم، وهو قول ابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة"، وحكى سحنون قولا أنها على العاقلة حالة، فقال في كتاب ابنه: أجمع أصحابنا أنها حالة، واختلفوا في أخذها من العاقلة أو الأب[1].

والقول الثالث: من كلام المصنف: إن كان للأب مال فعليه وإلا فعلى العاقلة حالة، هكذا نقله ابن حبيب عن مطرف، وإذا أوجبناها على الجاني فحكى الاتفاق على الحلول، ويمكن أن يخرج فيها قول بتنجيمها من الشاذ في دية العمد.

(ص): (وَتُغَلَّظُ فِي الذَّهَبِ وَالوَرِقِ عَلَى الْمَشْهُورِ فَتُقَوَّمُ الدِّيَتَانِ وتُزادُ نِسْبَةُ ما بَيْنَهُمَا)

(ش): أي: وتغلظ في الدراهم والدنانير على المشهور، والمشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة"، وهو أيضًا في "الْمَوَّازِيَّة"، ثم رجع مالك في "الْموازية" إلى التغليظ، وحكى في "البيان " في تغليظ المربعة وتغليظ المثلثة وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك وقول ابن نافع وهو أَوْلَى الأقوال؛ إذ قيل في دية العمد: إذا قبلت أنها مخمسة مؤجلة، قال: واختلف في صفة التغليظ على ثلاثة أقوال:

الأول: أنه الأولى، أنه ينظر إلى قيمة الدية المخمسة وإلى قيمة أسنان دية المربعة والمثلثة إن كان بالإبل، أصبغ: وإن كان غير بلد إبل ففي أقرب بلدان الإبل إليهم.

فإن كان خُمس أو رُبع أو ثُلث أو أقل أو أكثر فذلك الجزء من الألف، أو الاثنا عشر ألف درهم تزاد على أنه يزاد على الألف مثقال، أو الاثني عشر ألف درهم ما بين القيمتين من العددين غير نسبة، وهذا القول في المعنى أظهر، والأول أشهر.

والثالث: تقدم الدية المثلثة أو المربعة فتكون الدية ما كانت إلا أن ينقص من

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١١/٣٢٨.

الألف دينار أو الاثني عشر ألف درهم فلا ينقص شيء، والقول بالنسبة هو المشهور، ولذلك اقتصر المصنف هنا عليه.

ونقل في "الكافي "رابعًا: أنه يؤخذ منه ما بين القيمتين إلى أن يبلغ دية وثلثًا، فلا يزاد على ذلك، وإذا قومنا دية الخطأ والدية المثلثة والمربعة فتقوم المغلظة حالة، واختلف في دية الخطأ فعن بعض القرويين تقويمها أيضًا حالة، وقال ابن يونس: بل تقوم على تأجيلها حسبما جعلت[1].

(ص): (**وَتُغَلَّظُ أَيْضًا فِي الْجِرَاحِ عَلَى الأَصَحِّ**)

(ش): فتكون في المأمومة والجائفة ثلث الدية المغلظة، والأصح لمالك في "الْمُدَوَّنَة" و"المبسوط " وصححه، والله أعلم لعدم الغرور، وغير الأصح لمالك في "المختصر"؛ لأن التغليظ مُدْرَكُه التوقيف، والنفس أعظم فغلظ فيها دون غيرها.

وفي المسألة قول ثالث لعبد الملك وسحنون: الفرق بين ما يقتص فيه من الأجنبي فيغلظ فيه، وبين ما لا يقتص فيه من الأجنبي كالجائفة فلا يغلظ، قال غير واحد: وهو الأصح في النظر.

وعن ابن القاسم قول رابع: أَنَّ التغليظ إِنَّمَا هو ما بلغ ثلث الدية فأكثر.

(ص): (**وَالتَّغْلِيظُ فِي المَجُوسِيِّ يَقْتُلُ ابْنَهُ عَلَى الأَصَحِّ إِذَا حَكَمَ بَيْنَهُمْ**)

(ش): القول بعدم التغليظ لعبد الملك، وأنكره سحنون، وقال أصحابنا: إنها تغلظ عليه إذا حكم بينهم؛ لأن عِلَّة التغليظ سقوط القود، قال: ولم أر قوله في شيء من السماعات، ولهذا صحح المصنف القول بالتغليظ، ونقل في "النوادر " عن مالك والمغيرة كقول عبد الملك.

(ص): (**وَدِيَةُ اليَهُودِيِّ والنَّصْرَانِيِّ وَالْمُعَاهِدِ نِصْفُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ**)

(ش): لَمَّا تكلم على دية المسلم شرع في منتقضاتها في أربعة: كفر، وأنوثة، ورق، وكونه جنينًا، ودليل ما ذكره المصنف ما رَوَاه الترمذي وحسَّنه عنه عليه الصلاة والسلام: "عَقْلُ الْكَافِرِ نِصْفُ عَقْلِ الْمُؤْمِنِ"[2].

وفي النسائي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله صَلَّى الله

---

(١) انظر: إرشاد السالك: ١/١٨٦.

(٢) أخرجه الترمذي، برقم (١٤١٣) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "عقل الذمة نصف عقل المسلمين"[(١)] وهم: اليهود والنصارى.

وحذف المصنف من الأول صفة؛ أي دية اليهودي والنصراني غير المعاهد؛ أي الذميين لدلالة قسيمه على ذلك، وإلا فقد يكون المعاهد أيضًا نصرانيًا أو يهوديًا.

(ص): (وَدِيَةُ المَجُوسيِّ ثَمَانِ مِائَةِ دِرْهَمٍ)

(ش): هكذا رواه في "الموطأ" عن سليمان بن يسار، قال مالك: وهو الأمر عندنا.

(ص): (وَفِي الْمُرْتَدِّ ثلاثةٌ: دِيَةُ الْمَجُوسِيِّ، وَدِيَةُ مَا ارْتَدَّ إِلَيْهِ، والسُّقُوطُ)

(ش): أي: ثلاثة أقوال: والقول بأن ديته كالمجوسي لابن القاسم وأشهب وأصبغ؛ لأنه كان لا يُقَرُّ، وتجب استتابته كأن قاتله قد قتل كافرًا محرم القتل فوجب على قاتله أقل ديات القاتل وهو المجوسي؛ لأن ما زاد عليه مشكوك فيه.

وثانيها: دية الذين ارتد إليهم وهو لأشهب أيضًا؛ لأنه لما كان يستتاب، فإذا قتل وهو نصراني فقد قتل نصرانيًا محرم الدم.

والسقوط لسحنون وهو استحسان مراعاة لمن لا يرى؛ أي: استتابته.

(ص): (وَدِيَةُ نِسَاءِ كُلِّ صِنْفٍ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ رِجَالِهِمْ، نُقِلَ الإِجْمَاعُ عَلَى ذَلِكَ، وَدِيَةُ جِرَاحِهِمْ كَجُرْحِ الْمُسْلِمِ مِنْ دِيَتِهِ...)

(ش): فتكون مأمومة كل منهم وجائفته ثلث ديته نصف وعشر ديته، وهو واضح[(٢)].

(ص): (وَأَمَّا الرَّقِيقُ فَقِيمَتُهُ وَإِنْ زَادَتْ عَلَى دِيَةِ الحُرِّ)

(ش): لأنه مال فكان كسائر السلع ولا خلاف فيه عندنا.

(ص): (وَأَمَّا الْجَنِينُ فغُرَّةُ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ)

(ش): سيأتي هذا إن شاء الله.

(ص): (وَفِي الْجِرَاحِ كُلِّهَا الحُكُومَةُ إلا أَرْبَعَةً: الْمُوضِحة: نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَالْمُنَقِّلَةُ: عُشْرٌ وَنِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَالْمَأْمُومَةِ: ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَالْجَائِفَةُ مِثْلُهَا، وَهِي: مَا أَفْضَى إِلى الْجَوْفِ وَلَوْ مَدْخَلَ إِبْرَةٍ...)

(ش): سيأتي تفسير (الْحُكُومَةُ)، وقوله: (إِلا أَرْبَعَةُ) لما في كتابه عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم: "وَفِي الْمَأْمُومَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَفِي الْجَائِفَةِ مِثْلُهَا، وَفِي

---

(١) أخرجه النسائي في الصغرى، برقم (٢٦٤٤) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٦٧.

الْمُوضِحَةِ خَمْسٌ"[١].

وفي رواية مالك: وفي المنقلة خمس عشرة فريضة.

قال في "المقدمات": واتفق على ذلك العلماء، وروي أن عمرَ وعثمانَ رضي الله عنهما قضيا في الملطاة بنصف دية الموضحة، وهو مذهب ابن كنانة.

وقوله: (وهي) تفسير الجائفة، وهو واضح.

(ص): (**وَتَخْتَصُّ بالبَطْنِ والظَّهْر كَمَا تَخْتَصُّ الْمُوضِحَةُ وَأَخَوَاتُهَا بعَظْمِ الرَّأْسِ والوَجْهِ دُونَ الأنْفِ وَاللّحْيِ الأسْفَلِ...**)

(ش): لا خِلاف في اختصاص الجائفة بالظهر، وأراد بـ (أَخَوَاتُهَا) المأمومة، والمنقلة، ووقع في بعض النسخ (وأُخْتَاهَا) وهي أحسن، وتصور كلامه ظاهر، ونحوه في "الْمُدَوَّنَة" وغيرها.

(ص): (**وَأَمَّا الْهَاشِمَةُ: فَلَمْ يَذْكُرهَا مَالِكٌ فَقِيلَ: مِثْلُ الْمُنَقِّلَةِ، وَقِيْلَ: مِثْلُ الْمُوضِحَةِ وَحُكُومَةٌ، وَقِيْلَ: مَا فِي الْمُوضِحَةِ أَوْ مَا يَئُولُ إِلَيْهِ مِنْ مُنَقِّلَةٍ أَوْ مَأْمُومَةٍ...**)

(ش): القول الأول هو الذي يأتي على كلام ابن القاسم؛ لأنه قال: ما من هاشمة إلا وتعود منقلة، وعليه كان يناظر الأبهري[٢].

والقول بأن فيها ما في الموضحة وحكومة لابن القصار.

والقول الثالث: نسبه ابن شاس للباجي فقال: وقال القاضي أبو الوليد: ما في الموضحة فإن صارت منقلة فخمسة عشر، وإن صارت مأمومة فثلث الدية، وذكر ابن عبد البر أن فيها عشرًا عند الجمهور، ونحوه في "المقدمات"؛ لأن فيها: ودية الهاشمة عند مَنْ عرفها - وهم الجمهور - عشر من الإبل وهو مذهب الشافعي أبي حنيفة، وروي ذلك عن زيد بن ثابت، ولا مخالف له من الصحابة رضي الله عنهم.

(ص): (**وَأَمَّا هَاشِمَةُ البَدَنِ ومُنَقَّلتُهُ وغَيْرُهُمَا فالاجْتِهَادُ**)

(ش): يعني: أن التقدير في المنقلة والهاشمة إنما هو إذا كانا في الرأس، وأَمَّا إذا كانا في البدن فليس فيهما إلا الاجتهاد كغيرها من سائر الجراحات[٣].

---

(١) أخرجه النسائي في الصغرى، برقم (٤٨٥٣) من حديث عمرو بن حزم، ومالك في الموطأ، برقم (١٦٠١) مرسلا عن أبو بكر بن حزم.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ١٧/١٢٩.

(٣) انظر: منح الجليل: ١٨/٤٤١.

(ص): (وَلَوْ تَعَدَّدَتِ الْمُوضِحَاتُ، وَالْمُنَقِّلاتُ والْمَأْمُومَاتُ بِحَيْثُ يَكُونُ مَا بَيْنَها لَمْ يَبْلُغِ العَظْمَ تَعَدَّدَتِ الدِّياتُ، وَلَوْ كَانَتْ مِنْ ضَرْبَةٍ، بِخِلافِ مَا لَوْ كَانَتْ مُتَّسِعَةً مِنْ قَرْنِهِ إِلى قَرْنِهِ مِنْ ضَرْبَةٍ أَوْ ضَرَبَاتٍ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ...)

(ش): إذا تعددت المواضح، والمنقلات، والمأمومات تعدد الواجب فيها بشرط أن يكون ما بين المواضح لم يبلغ العظم، وما بين المنقلات لم يبلغ العظم، وما بين المأمومات لم يبلغ الدماغ، وقول المصنف: (بِحَيْث يَكُونُ ما بَيْنها لَمْ يبلغ العَظْمَ) خاص بالمواضح، واكتفى بذلك عن ذكر المأمومات والمنقلات اختصارًا، أَمَّا لَوْ اتَّسعت المواضح أو غيرها بضربة واحدة أو بضربات في فور، فليس فيها إلا دية واحدة.

(ص): (وَإِذَا نَفَذَتِ الْجَائفة فَدِيَةُ الْجَائِفَتَيْنِ عَلَى الأَصَحّ)

(ش): إذا ضربه من بطنه فخرجت من ظهره أو بالعكس فقولان - وهما في "الْمُدَوَّنَة" - والأصح هنا اختيار ابن القاسم وبه أخذ أشهب وابن عبد الحكم ومحمد ودليله ما رواه أشهب عن الصديق رضي الله عنه أنه قال في جائفة نافذة من الجانب الأيسر: (فدية جائفتين).

واختار اللخمي الأول، قال: لأنها إذا جعل فيها ثلث الدية لغررها؛ إذ قد تصادف مقتلا إما القلب أو الكبد أو غير ذلك، إنما يخشى في حين الضربة من خارج، وهي إذا تمادت حتى بلغت الجانب الآخر لم يكن فيها إلا ثلث واحد لعودها إذا نفذت من داخل إلى خارج لا غرر فيه.

(ص): (وَمَعْنَى الْحُكُومَةِ: أَنْ يُقَوَّم الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَبْدًا سَالِمًا بِعَشَرَةٍ مَثَلا ثُمَّ يَقَوَّمَ مَعَ الْجِنَايَةِ بِتِسْعَةٍ فَالتَّفَاوتُ عُشْرٌ فَيَجِبُ عُشْرُ الدِّيَةِ، وَذلِكَ بَعْدَ انْدِمَالِ الْجُرْحِ فَلَوْ لَمْ يَبْقَ شَيْنٌ فَلا شَيْءَ...)

(ش): تصوره ظاهر، والتقويم هنا كالتقويم في تقويم عين السلعة المبيعة.

وقوله: (عبدًا) منصوب على الحال، و(مثلا) إمَّا منصوب على المصدر؛ أي: مثل مثلا، أو بفعل مُقدَّر أي يقدر مثلا، وما ذكره المصنف هو المعروف، وفي "تفسير ابن مزين": أن الحكومة هو اجتهاد الإمام ومن حضره.

عياض: وظاهره عند بعضهم خلاف الأول، وإلى الخلاف في ذلك أشار أبو عمران، وقال: هو الذي كُنَّا نقول قبل أن نرى القول الآخر.

وقوله: (وذلك) أي: التقويم، وقد تقدم هذا[1].

(ص): (**فَلَوْ كَانَ أَرْشُ الْجِرَاحِ مُقَدَّرًا انْدَرَجَ الشَّيْنُ، وَفِي شَيْنِ الْمُوضِحَةِ قَوْلانِ**)

(ش): لأن الشارع جعل فيها أرشًا مُقَدَّرًا ولم يفرق مع أن الجراح قد تشين، وذكر (فِي شَيْنِ الموضحة) قولين:

الأول: قال ابن زرقون: يزاد فيها لأجل الشين قليلا كان أو كثيرًا؛ لأن الشين لا يلزمها غالبًا فليست كالمأمومة والجائفة والمنقلة.

والثاني: قول أشهب: أنه لا يزاد فيها مطلقًا، وروى ابن نافع عن مالك ثالثًا بالتفصيل يزاد فيها إلا أن يكون شيئًا يسيرًا.

(ص): (**قَالَ مَالِكٌ: مَا عَلِمْتُ أَجْرَ الطَّبِيبِ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ**)

(ش): يعني: لم يمض عمل بإلزام الجاني أجر الطبيب المداوي للجرح.

ابن عبد السلام: ونقل بعض الشيوخ أن الفقهاء السبعة يرون القضاء بأجر الطبيب فيما دون الموضحة، وهذا إن صحَّ يوجب أن يكون هو المذهب؛ لأن مالكًا إنما أسقطه؛ لأنه لم يعلمه من أمر الناس، إذا ثبت أنه من أمر هؤلاء العلماء الذين عادته الرجوع إلى بعضهم فضلا عن جميعهم، ولا يلزم من هذا أن مالكًا مقلد؛ لأن كلامه يشعر بأن موجب الرجوع عنده بأجرة الطبيب قائم، وإنما منعه من اعتباره مخالفة الماضين، وقد تبين أنهم لا يخالفون في هذا انتهى. وقد تقدم من كلام اللخمي في الغصب اختلاف عندنا في أجر الطبيب هل يلزم الجاني أم لا؟

(ص): (**والمُقَدَّرُ مِنَ الأَعْضَاءِ اثْنَا عَشَرَ: الأُذُنَانِ عَلَى الأَصَحِّ**)

(ش): لما فرغ من النفس شرع في الأعضاء المقدرة، و(الأُذُنَانِ) إما مبتدأ والخبر محذوف؛ أي: منها الأذنان، أو خبر مبتدأ محذوف؛ أي: أولها الأذنان، والقولان لمالك، ومذهب "الْمُدَوَّنَة"، وظاهر " الموطأ": أنها لا تجب فيهما الدية إلا مع السمع، ونص "الْمُدَوَّنَة": ليس في الأذنين إذا اصطُلِمتا أو ضربتا فشُدِخت إلا الاجتهاد، ولعل المصنف صحح القول بوجوب الدية فيها لما في "كتاب عمرو بن حزم " في الأذن.

وحقيقة الكلمة في العضو المخصوص لا في المنقلة، ولو أزيلت الأذن فردت وعادت لهيئتها، ففي سماع عيسى: الدية فيها، وخرج اللخمي ذلك على أن الواجب في

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٨٩/٩.

إشراف الأذنين هل هو دية أو حكومة؟ قال: فعلى الحكومة لا يكون له شيء، وعلى الدية يكون له كالسن.

(ص): (**وَالعَيْنَانِ: وَفِي عَيْنِ الأعْوَرِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ بِخِلافِ كُلِّ زَوْجٍ مِنَ الإنْسَانِ لِمَا جَاءَ مِنَ السُّنَّةِ...**)

(**ش**): أي: ومنها العينان لما في "الموطأ" وغيره أن في كتابه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعمرو بن حزم: "وَفِي العَيْنِ خمسون" بخلاف كل زوج فإن في كلٍّ واحد نصف الدية إذا كان فيها منفعة وجمال، وأما إن كان فيها جمال فقط كالحاجبين ففيها حكومة[1].

وقوله: (السُّنَّة) استدلال على تكميل الدية في عين الأعور، وأراد بالسنة ما قاله ابن شهاب - لأنه قال - هي السُّنَّة، وقضى به عمر وعثمان وعلي وابن عباس، وقاله سليمان بن يسار، وابن المسيب وعروة بن الزبير رضي الله عنهم.

ولو ضرب ضربة أذهبت بصر إحدى عينيه، ثم ضرب ضربة أذهبت الصحيحة، فقال أشهب: له ثلثا الدية؛ لأن الذي أتلف عليه ثلثا ما بقي من بصره، وقال ابن القاسم وعبد المالك: إن بقي من الأولى شيء فليس له في الصحيحة إلا نصف الدية.

(ص): (**وَالضَّعِيفَةُ بِسَمَاوِيٍّ كالْقَوِيَّةِ**)

(**ش**): يعني: أن من كان إبصاره ضعيفًا بسماوي إن كانت مخلوقة كذلك أو بمرض فهي كالقوية في تكميل ديتها، وقيده صاحب " البيان " بألا يكون النقصان أتى على أكثرها، وأما لو أتى على ذلك فليس له إلا بحساب ما بقي من عقلها.

وحكى الباجي خلافًا في الناقصة بمرض، فقال: قال في "الْموازية" وليس استرخاء اللسان، والذكر من الكبر، وضعف العين من كبر أو رمد أو الرجل من الكبر بمنزلة الجناية عليها لا بمنزلة ما يتنزل بها من الله سبحانه، فما كان من الكبر ثم أصيب العضو ففيه الدية كاملة.

وروى ابن المواز عن مالك في عين الكبير قد ضعفت أو يصيبها الشيء فينقص بصرها ولم يأخذ لها عقلا فعلى من أصابها الدية كاملة، فساوى بين ما ينقص من الجارحة بمرض أو كبر.

وقال أشهب في "الْمَوَّازِيَّة": من أصابه في رجله أمر من عرق بضرب، أو رمدت

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٩٠.

عينه فنقص بصرها، ثم يصاب فله ما بقي بحساب ما يبقى منها، كما لو أصابها بمثل ذلك أحد، ومن ساوى بين وما يصيبها من الله، وما يصيبها من الكبر فقد غلط؛ لأن كل جارحة لا بُدَّ أن تضعف، وأما المرض فقد سلم منه كثير من الناس. انتهى.

(ص): (**وَبِجِنَايَة قَالَ مَالِكٌ أَوَّلا: لَيْسَ لَهُ إِلا بِحِسَابِ مَا بَقِيَ، ثُمَّ قَالَ: إِنْ كَانَ أَخَذَ لَهَا عَقْلا، وَإِلا فالعَقْلُ تَامٌّ**)

القولان في "الْمُدَوَّنَة"، وحاصلها: إن لم يأخذ للنقص عقلا فقولان، فإن أخذ له فليس له إلا بحساب ما **بقي**، وفي "البيان " ثالث: أن فيها **العقل** كاملا مطلقًا، وهو قول ابن نافع، وهو قياس قولهم في السن إذ اسودت أن فيها **العقل** كاملا، فإن طرحت بعد ذلك ففيها **العقل** أيضًا كاملا.

(ص): (**وَفِي العَيْنِ الْقَائِمَةِ الاجْتِهَادُ**)

(**ش**): يعني: فقئت بعد ذهاب بصرها فليس فيها إلا الاجتهاد، وكذلك اليد الشلاء، والاجتهاد هو الحكومة.

(ص): (**وَالأَنْفُ مِنْ أَصْلِهِ أَوْ مَارنِهِ عَلَى الأَصَحِّ فَفِي بَعْضِ الْمَارِنِ بِحِسَابِهِ مِنَ الْمَارِنِ لا مِنْ أَصْلِهِ كَبَعْضِ الْحَشَفَةِ...**)

(**ش**): أي: ومنها (الأنفُ) ففيه الدية كاملة إذا قطع (مِنْ أَصْلِهِ)، والمشهور أن في المارن وحده - وهو ما لان منه - الدية، ويقال للمارن أيضًا: الأرنبة، والروثة، وهذا الأصح منقول عن الفقهاء السبعة، قال في "المجموعة": وروى ابن شهاب أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى **في** الأنف يقطع مارنه بالدية كاملة.

ومقابل الأصح رواه ابن نافع عن مالك أن الدية إنما تكون فيه، إذا قطع من أصله؛ لما في "الموطأ " وغيره أنه عليه الصلاة والسلام قال في "كتاب عمرو بن حزم": "وَفِي الأَنْفِ إِذَا أُوعِبَ جَدْعًا مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ"[1]، وظاهره إذا استوعب قطعه، وقد يحتمل أن يكون المراد إذا استوعب القطع ما يسمَّى جدعًا ليكون موافقًا لما رواه ابن شهاب، والجمع بين الدليلين ولو من وجه أَوْلى.

وقوله: (ففي بعض المارن) هو تفريع على الأصح، وقوله: (كبعض الحشَفَةِ) أي: فإنما ينسب ذلك البعض إليها[2].

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١٦٠١).

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٣٩١/٩.

(ص): (الشَّفَتَانِ)

(ش): أي: ومنها (الشَّفَتَانِ)، ونص في "كتاب ابن حزم " على أن فيهما الدية، وقد تقدم أنه لا فضل لإحداهما على الأخرى.

(ص): (وَلِسَانُ النَّاطِق فَإِنْ قُطِعَ منْهُ مَا لا يَمْنَعُ مِنَ النُّطْق شَيْئًا فحُكُومَةٌ فِيْهَا؛ لأَنَّ الدِّيَة فِيْهِ للنُّطْقِ لا لَهُ، وَفِي لِسَانِ الأَخْرَسِ حُكُومَةٌ...)

(ش): لما في الترمذي والنسائي أنه عليه الصلاة والسلام قال في "كتاب عمرو بن حزم": "وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ".

وذكر المصنف أنه إذا قطع منه ما لم يمنعه من الكلام فيه حكومة، واستشهد لذلك بما في "الْمُدَوَّنَة" أن الدية إنما هي للنطق، وعلى هذا فلا ينبغي أن يعد اللسان في هذا الفصل؛ إذ الدية إنما على المنفعة لا عن العضو، (وفي لسان الأخرس حُكُومَةٌ) كاليد الشلاء والعين القائمة.

(ص): (وَالأَسْنَانُ فِي كُلِّ سِنٍّ مُطْلَقًا خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ مِنْ أَصْلِهَا أَوْ مِنْ لَحْمِهَا بِقَلْعِهَا أَوْ بِاسْوِدَادِهَا أَوْ بِهِمَا...)

أي: ومنها الأسنان.

وقوله: (مطلقًا) أي: ثنية كانت أو رباعية أو ضِرسًا، ونبَّه بذلك على خلاف من فصل في ذلك خارج المذهب، وفي "الموطأ" من " كتاب عمرو بن حزم": "وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ " فعم.

وروى أبو داود، عن شعبة، عن قتادة، عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما أَنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "الأَصَابعُ سَوَاءٌ، والثَّنِيَّةُ وَالضِّرْسُ سَوَاءٌ، هَذِهِ وَهَذِهِ سَوَاءٌ"[1].

ولا فرق بين أن تقلع من لحمها أو من أصلها، وكذلك تجب الخمس باسودادها لذهاب الجمال منها.

وقوله: (أو بهما) ابن عبد السلام: يريد إذا قلع بعضها واسود الباقي.

خليل: والظاهر أن مراده إذا اسودت جميعًا ثم انقلعت؛ لأن ما ذكره ابن عبد السلام يؤخذ من قوله: (وفي بعضها بحسابه) فإن قلت: يرد على الثاني أيضًا عدم

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٤٥٥٦) وابن ماجه، برقم (٢٦٥٣).

الفائدة أنه إذا وجب العقل بأحدهما، وأحرى إذا اجتمعا، قيل: لعله نص على ذلك لينبه على عدم تعدد الدية، ألا ترى أنها لو اسودت ثم قلعت بعد حين، أَنَّ فيها دية أخرى كما سيأتي.

(ص): (**وَفِي بَعْضِهَا مِنْهَا بِحِسَابِهِ من لَحْمِهَا لا مِنْ أَصْلِهَا**)

(**ش**): أي: من السواد والقلع، فشمل ثلاث صور: إذا انقطع بعضها، وإذا اسود بعضها، وإذا انقطع بعضها واسود البعض الآخر.

(ص): (**وَفِيْهَا: إِنْ كَانَ احْمِرَارُهَا واصْفِرَارُهَا واخْضِرَارُهَا كالسَّوَادِ فَقَدْ تَمَّ عَقْلُهَا، وَالْمَشْهُورُ خِلافُهُ...**)

(**ش**): إن قلت: هو لم يحكم في "الْمُدَوَّنَة" بشيء، بل قال: (**إن** كان) فكيف يقول المصنف: (وَالْمَشْهورُ خِلافُهُ)؟ قيل: المعنى: فالمشهور أنه ولو قيل: إن الاحمرار والاصفرار كالسواد لا يتم عقلها، وفي كلام المصنف نظر، أما أولا فلأن المشهور عندهم مذهب "الْمُدَوَّنَة"، وأما ثانيًا فلأن المذهب يحكم بالعُرف، ولعلَّ المصنف اعتمد في تفسيره على اقتصار ابن شاس عليه؛ فإنه قال: إن اخضرت أو اصفرت ففيها عقلها بنسبة ما بعدها من البياض وقربها من السواد[1].

وما حَكَاه المصنف عن "الْمُدَوَّنَة" هو ظاهر نص " الأم"؛ فإن فيها: قلت: فإن ضربة رجل فاسودت منه، أو احمرت، أو اصفرت، أو اخضرت، ما قول مالك في ذلك؟ قال: ما سمعت من مالك إلا إذا اسودت فإن عقلها قد تم، ولا أدري ما الخضرة والصفرة والحمرة، إن كان ذلك مثل السواد فقد تم العقل، وإلا فعلى حساب ما نقص، فظاهره أن الإشارة بذلك على الثلاثة، وفهم البراذعي أن الإشارة عائدة إلى الخضرة فقط، وفيه بعد.

ولأشهب وابن القاسم أن الحمرة أقرب إلى السواد من الصفرة، قال: وفي ذلك كله بقدر ما ذهب من بياضها إلى ما بقي منه إلى اسودادها، هكذا في ابن يونس، وفي "النوادر " والباجي في كلام أشهب: الخضرة إلى السواد أقرب ثم الحمرة ثم الصفرة، ثُمَّ الكلام على ما قاله ابن يونس. ابن عبد السلام: وأظنه أصوب.

(ص): (**وَاشْتِدَادُ اضْطِرَابِهَا فِيمَنْ لا يُرْجَى كَقَلْعِهَا**)

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٩٢.

(ش): أي: لا يرجى نباتها، ابن القاسم: وليُستأنى به سنة. وقال أشهب: إن ضربها فتحركت انتظر بها سنة، فإن انتشر اضطرابها بعد السنة فهي كالمنقلة، وإن كان اضطرابها خفيفًا عقل بقدره، واحترز مِمَّن لا يرجى من الصغير فإنه يستأنى كما سيأتي.

(ص): (وَالسَّوْدَاء كَغَيْرِهَا)

(ش): أي: وقلع السوداء موجب لخمس من الإبل كغيرها، واشتداد اضطرابها كذلك لبقاء منفعتها، وإنما وجبت الدية فيها بالاسوداد لذهاب الجمال.

(ص): (وَسِنُّ الصَّبِيِّ لَمْ يُثْغِرْ يُوقَفُ عَقْلُهَا إِلى الإِيَاسِ كَالقَوَدِ وَإِلا انْتُظِرَ بِهَا سَنَةً)

(ش): يعني: أن سن الصغير إذا قلعت قبل الإثغار خطأ أو عَمْدًا لم يعجل فيها بالدية ولا بالقود حتى يُيأس من نباتها، فقوله: (كَالقَوَدِ) تشبيه لإفادة الحكم، وقيد اللخمي وقف العقل بأن الجاني غير مأمون، وأَمَّا المأمون فلا يوقف، وظاهر قوله: (عَقْلُهَا) إيقاف جميع العقل وهو كذلك، وخالف سحنون في ذلك فقال: لا أرى أن يوقف عقل السن كلها؛ لأن السن قد يكون فيها نقص، ولا يمنع ذلك من القصاص مثل الأصبع من اليد، ولكن يوقف من عقل السن ما إذا انتقصت السن إليه لم يقتص له، قيل: كم ذلك، قال: معروف كالعين الضعيفة بصرها، واليد يدخلها النقص اليسير[1].

وقوله: (وَإِلا انْتُظِرَ بِهَا سَنَة) ابن عبد السلام: يعني إذا جاوز السن الذي لا ينبت فيها ولم تنقض سنة انتظرت بقية السنة، ووجبت الدية في الخطأ والقصاص في العمد.

وقوله: (يُثْغِرْ)- هو بضم الياء وسكون الثاء المثلثة - لم تسقط أسنانه المراضع، قال في المحكم: وثغر الغلام ثغرًا: سقطت أسنانه الرواضع، وأثغر وأدغر على البدل نبت أسنانه، قال: وقيل: أثغر نبت ثغره، وقال الجوهري: الثغر ما تقدم من الأسنان، يقال: ثغره إذا كسرت ثغره، وإذا سقطت رواضع الصبي، قيل: ثغر فهو مثغور، فإذا نبتت قيل: اثَّغر، وأصله: اثتغر فقلبت الثاء تاءً ثم أدغمت، وإن شئت قلت: اثَّغر بجعل الحرف الأصلي هو الظاهر. انتهى.

(ص): (فَإِنْ نَبَتتْ سَقَطَا)

(ش): أي: نبتت سن الصبي سقط القود والعقل، وفي بعض النسخ: (سقطَ) يعود

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٩٣/٩.

على أحدهما لا بعينه، واستشكل سقوط القود في سن الصغير بنباتها؛ لأن العمد إنما يقصد فيه إيلام الجاني بمثل ما فعله، أَلا تَرَى أَنَّه يقتص من الجراح غير الخطرة وإن برئت على غير شين، وأجيب بأن سن الصبي لا تماثل سن الكبير فوجب القصاص.

(ص): (وَإِنْ مَاتَ الصَّبِيُّ وُرِث القَوَدُ والعَقْلُ)

(ش): أي: وإن مات الصغير قبل نباتها؛ ورث ورثته القود في العمد، **والعقل** في الخطأ.

(ص): (فَإِنْ عَادَتْ أَصْغَرَ فَبِحِسَابِهِ فِيهِمَا)

(ش): أي: عادت سن الصغير أصغر منها حين قلعت أخذ الجاني بحساب ما نقص فيهما؛ أي: في العمد والخطأ، وهو مقيد في العمد بأن يعود ما ينتفع به، وأما إن عاد ما لا ينتفع به فإنه يقتص، أشار إلى ذلك اللخمي، وصرَّح به غيره.

(ص): (فَلَوْ أَخَذَ المَثْغُورُ الأَرْشَ فِي الْخَطَأِ فَنَبَتتْ فَلا يَرُدُّ شَيئًا)

(ش): المثغور مقابله من لم يثغر، ومراده بالمثغور من نبتت أسنانه بعد أن سقطت، لكن إنما يقال في: ثغرًا أو مثغرًا أو مدغرًا، ومدغر على القول الآخر، وإنما يقال للصبي مثغور؛ إذا سقطت أسنانه لتنبت، إلا أن صاحب " المحكم " ذكر عن ابن العربي أنه يقال: ثغره إذا كسر أسنانه، فيصح على هذا أن يقال: (فَلَو أخذ المثغور) أي: الذي كُسِر سِنُّه، لكن لا يبقى على ذلك مقابلة بين هذا وبين قوله أولا: (لم يثغر).

وقوله: (أخذ) يريد: أو حكم له به، ففي "البيان": وَأَمَّا الكبير تصاب سنه فيقضى له بعقلها، ثم يردها صاحبها فثبتت فلا اختلاف بينهم أنه لا يرد العقل؛ إذ لا ترجع على قوتها، قال: والأذن كالسن في ذلك.

(ص): (فَإِنْ ثَبَتَتْ قَبْلَ الأَخْذِ فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: يَأْخُذُ كَالْجِرَاحَاتِ الأَرْبَعِ المُقَدَّرَةِ بِخِلافِ الأُذُنِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لا شَيْءَ لَهُ كَغَيْرِهَا مِنَ الْجِرَاحِ...)

(ش): أي: فإن نبتت سن الكبير، واستمسك قبل الحكم له بالأرش، فقال ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة": له أرشها، وقوَّاه المصنف بالقياس على الجراحات الأربع؛ أعني الموضحة وأخواتها، فإن اتفق فيها على أنه يأخذ عقلها وإن عادت لهيئتها، صرح بالاتفاق اللخمي وغيره، والجامع التقدير فيها[1].

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٩٤.

وقوله: (بخلاف الأذُنِ) أي: فلا عقل لها وإن عادت لهيئتها، ولهذا فرَّق ابن القاسم في رواية يحيى، قال في الرواية المذكورة: إن كان في ثبوت الأذن ضعف فله بحساب ما نقص من قوتها، قيل: الأذن إذا ردت واستمسكت وعادت لهيئتها وجرى فيها الدم، والسن لا يجري فيها الدم، وقال أشهب: لا شيء له إذا ثبت سنه كغير الجراحات الأربع، وزاد في "البيان " ثالثًا بالقضاء له بالعقل في الأذن والسن، قال: وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة"، وذهب صاحب " النكت " إلى أن مذهب "الْمُدَوَّنَة" بالتفصيل كما في قول ابن القاسم في رواية يحيى لا كما قاله في "البيان"، قال: لا أعلم أن الأذن إذا ردت في الخطأ فثبتت لا دية فيها، وإنما شبهها في الكتاب بالسن إذا ردت في وجوب القصاص فهو واجب على كلِّ حال، والذي ذكرنا إنما هو في "الموطأ"، ولا ذكر للخطأ في الكتاب إذا ردت الأذن فثبتت وهو مذكور في غير "الْمُدَوَّنَة" في رواية يحيى ثم ذكرها، فظاهره أنه حمل رواية يحيى على التفسير من "الْمُدَوَّنَة".

(ص): **(وَأَمَّا فِي العَمْدِ فالقِصَاصُ)**

(**ش**): أي: سواء ثبت قبل القصاص أم لا، وكذلك الأذن، وحكى في "البيان " الاتفاق على ذلك.

(ص): **(وَلَوْ عَادَ البَصَرُ اسْتَرَدَّ عِنْدَ ابْنِ القَاسِمِ بِخِلافِ السِّنّ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لا يَرُدُّ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ بِحُكْمٍ بَعْدَ الاسْتِينَاء لَمْ يَرُدَّ...)**

(**ش**): قوله: (استرَدَّ) يدل على أن أخذ الدية ليس بشرط بل الحكم كالأخذ، قال في "البيان": لا خلاف في أنه لو عاد البصر أو العقل، قيل: الحكم لا يقضى له بشيء، وذكر المصنف في عود البصر بعد الحكم ثلاثة أقوال:

الأول لابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة": أن يرد الدية بخلاف السن؛ لأن البصر إذا عاد اعتقد أنه لم يذهب حقيقة، وإنما كان ستره ساتر فانكشف.

الثاني لأشهب: لا يرد شيئًا.

الثالث لمحمد: إن كان بقضاء الاستيناء لم يرد وإلا ردها، وهكذا حكى في "البيان " الأقوال الثلاثة، قال في "البيان": وحكم السمع يذهب، ثم يعود قبل الحكم أو بعده حكم البصر على ما ذكره، نص أشهب أنه لا يرد إذا رد عقله، واختلف في مذهب ابن القاسم فيه، فقيل: الذي يأتي على مذهبه فيه من مسألة البصر أنه يرد، وقيل: بل كقول أشهب، والفرق بين البصر والعقل أن العقلَ يذهب حقيقة ثم يعود بخلاف البصر؛ فإنه

إذا عاد يعلم أنه لم يزل حقيقة، قال: فتحصَّل في عود البصر والعقل ثلاثة أقوال: ثالثها: يرد في جميع البصر دون العقل، هذا معنى كلامه في "البيان"[١].

(ص): **(وَإِنْ قَلَعَ جَمِيعَ الأسْنَانِ فَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ بِضَرْبَةٍ أَوْ بِضَرَبَاتٍ كَانَت اثْنَتَيْنِ وثَلاثِيْنَ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ)**

(ش): هذا فيه بعض التكرار مع ما قدمه، وهو قوله: (الأسْنَان فِي كُلِّ سن مطلقًا خَمْس). ابن شعبان: وللألْحَى اثنتان وثلاثون، وللكوسج ثمانٍ وعشرون.

(ص): **(وَفِي الْمُضْطَرِبَة جِدًّا الاجْتِهَادُ)**

(ش): أي: في قطع المضطربة جدًّا الحكومة، وليس هذا تكرار مع قوله: (واشْتِدَادُ اضْطِرَابِهَا فِيمَنْ لا يُرْجَى كَقَلْعِهَا) كما زعم ابن عبد السلام؛ لأن الكلام الأول فيما إذا ضربها وهي قوية اشتد اضطرابها، وهذا الكلام في قلع المضطربة جدًّا.

(ص): **(وَفِي الْمَكْسُورَةِ بِتَآكُلٍ أَوْ غَيْرِهِ بِحِسَابِهَا)**

(ش): نحوه في "الْمُدَوَّنَة"، وقيَّده أشهب، فقال: إلا أن يتآكل منها ما لا بال له، ففيها ديتها كاملة كاليد تنقص أنملة.

(ص): **(وَالْيَدَانِ مِنَ الْعَضُدِ إِلى الأَصَابِعِ قَطْعًا أَوْ شَلا فَيَنْدَرِجُ مَا زَادَ عَلَى الأصَابعِ)**

(ش): ومنها اليدان، ولو قطع الأصابع وجبت دية اليد، وكذلك لو قطعها من العضد، ويندرج ما زاد على الأصابع كما يندرج ما زاد على الحشفة في قطع الذكر، ولا فرق بين إبانة اليد وإبطال منفعتها بالشلل.

(ص): **(وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ عُشْرٌ وَفِي كُلِّ أُنْمُلَةٍ ثُلُثُ العُشْرِ إِلا الإِبْهَامَ فَنِصْفُهُ، وَفِي أَقَلَّ بِحِسَابِهِ...)**

(ش): نبَّه بقوله: (وفي كل أصبع) على أنه لا فرق في الأصابع لما رواه البخاري عنه عليه الصلاة والسلام قال: "هذه وهذه سواء " الْخِنْصر والإبهام. ويصح أن يقال: عشر بضم العين؛ أي: عُشر الدية، وبفتحها أي عَشرة من الإبل؛ لأن العشرة هي عشرها إلا أن للإبهام ثلاثة أنامل، وفي كل أنملة ثلث دية الأصابع، وإليه رجع مالك، وأخذ أصحابه بقوله الأول، قيل: والأظهر مذهب "الْمُدَوَّنَة"، ولو كان في الإبهام ثلاثة لكان في غيره أربعة، واتفق على أن إبهام الرجل ليس فيها إلا أنملتان[٢].

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٣٩٥/٩.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٣٩٦/٩.

(وَفِي أَقَلَّ) أي: من أنملة بحساب ذلك وإن قطعت بدلها أربع أصابع، ورأى أشهب له دية أربع أصابع، وإن نقصت أنملة، فقال ابن القاسم وأشهب: إن كان أخذ لها عقلا حوسب بها إلا أن تتلف بمرض وشبهه.

ابن المواز: وأنملة الإبهام كغيره في المحاسبة فيهما، أشهب: وأما الأنملتان من سائر الأصابع فيحاسب بهما في الخطأ.

واختلف في الأصبع الزائدة، فقال ابن القاسم: إن كانت قوية ففيها عشر، قطعت خطأً أو عَمْدًا؛ إذ لا قصاص فيها، وإن قطع جميع اليد كان فيها ستون، وإن كانت ضعيفة كانت فيها حكومة إن قطعت بانفرادها، وإن قطع اليد لم يزد لها شيء، قال سحنون: إذا قطعت اليد فيها ست أصابع خطأ كان له خمس مائة، قال: وقد قيل: له خمس مائة، وفي الزائد حكومة، ولم يفرق بين كونها قوية أو ضعيفة، اللخمي: وإن قطعت عمدًا كان له أن يقتص من القاطع ويأخذ دية السادسة إن كانت قوية.

(ص): (**وَالثَّدْيَانِ مِنَ الْمَرْأَةِ وحَلَمَتُها مِثْلُهُمَا إِنْ بَطَلَ اللَّبَنُ**)

(**ش**): أي: ومنها الثديان، والْحَلَمة: بفتح الحاء واللام.

الجوهري: وهو رأس الثدي مثلهما؛ أي في وجوب الدية، أي فإذا قطعهما من أصلهما اندرج ما زاد على الحلمتين.

وقوله: (إِنْ بَطَلَ اللَّبَنُ) نحوه في "الْمُدَوَّنَة"، وَإِنْ قطع حلمتيهما فإن كان قد أبطل مخرج اللبن وأفسدهما فَفيها الدية، وقال ابن الماجشون: حد ما تجب فيه الدية ذهاب الحلمتين، وقال أشهب: إن أذهب منها سدادًا لصدرها ففيهما الدية، وإلا ففيهما بقدر شينهما.

مالك: وتجب الدية ببطلان اللبن وإن لم يقطع منها شيء، وكذلك إذا فسد.

فرع:

ولو أُفسدت ثم عادت ردَّت ما أخذت.

(ص): (**وَفِي الصَّغِيرَةِ إِنْ تَبَيَّنَ إِبْطَالُهَا عَقْلٌ وَإِلا اسْتُؤْنِيَ بِهَا كَسِنِّ الذَّكَرِ**)

(**ش**): الضمير في (إِبْطَالُهَا) عائد على منفعة اللبن المفهومة من السياق، (عَقْلٌ) أي: عقل ثديي المرأة الكبير، وفي بعض النسخ: (عقلت) فيعود أيضًا على المنفعة.

قوله: (وإلا) يعني: وإن لم يتبين الإبطال فالحكم وقف العقل، وميراثه كما في سن الصبي.

(ص): (وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَيَانِ وَمَهْمَا قُطِعَ أَحَدُهُما فَدِيَةٌ، وَفِي الثَّانِي مَعَهُ أو بَعْدَه بِضَرْبَةٍ دِيَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيْلَ: حُكُومَةٌ كالكفِّ بَعْدَ الأَصَابعِ...)

(ش): ابن الجلاب: إذا قطع الذكر والأنثيان في دفعة احدة ففيها ديتان، وسواء قطع الذكر قبل الأنثيين أو الأنثيين قبله، وقال عبد الملك: في الأول منهما دية، وفي الثاني حكومة. انتهى.

ووجه عبد الملك أن الثاني لا منفعة فيه؛ لأن الذكر إذا قطع أولا لم يبق تمكن أن يولد له، وكذلك العكس؛ لأن النسل إنما هو بالبيضة اليسرى، وينبغي على هذا إذا قطعهما بالقرض أن يتفق على وجوب ديتين، وكلام المصنف لا يشمل هذه الصورة؛ لأنه قال: (وفي الثاني)، وفي هذه الصورة لا يوصف القطع بكونه ثانيًا، وفي الثاني معه أو بعده دية أو حكومة وهي معنى الأولى، لكن الأولى أظهر، ولابن حبيب قول ثالث: في الذكر دية تقدم أو تأخر، وفي الأنثيين إن تقدمتا الدية، وإن تأخرتا فلا دية، يريد: وفيهما حكومة،

ونقل عبد الوهاب أنهما إذا قطعهما معًا أن فيهما دية واحدة، والمشهور أظهر لما في النسائي أن في "كتاب عمرو بن حزم": "وَفِي الْبَيْضَتَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ"[1]، وفي "مراسيل " أبي داود أنه عليه الصلاة والسلام قال: "وَفِي الذَّكَرِ إِذَا قُطِعَتِ الْحَشَفَةُ"[2].

(ص): (وَفِي ذَكَرِ العِنِّينِ وَالْخَصِيِّ قَوْلانِ)

(ش): أحدهما دية، والآخر حكومة، وقد تقدم في النكاح أن العنين حقيقة من له ذكر صغري لا يتأتى به الجماع، وقد يطلق على المعترض، والخلاف فيهما، ففي اللخمي: قال ابن حبيب: وفي ذكر الذي لا يأتي النساء الدية كاملة، قال: وكذلك الشيخ الكبير، وفي "مختصر الوقار": في ذِكر العِنِّين حكومة، وعلى أحد قولي مالك فيه الدية كاملة، وكذلك الخصي الذي لم يخلق له ما يصيب به النساء الدية كاملة، وكذلك ذكر الشيخ الكبير الذي ضعف عن النساء ذكره ابن حبيب عن مالك، وأما الخصي فإن أراد به المقطوع أحدهما وهو حقيقة الخصي كما قدَّمه المصنف في باب (النكاح) فهو تكْرار مع قوله: (وَفِي الثَّانِي بَعْدَهُ أَوْ مَعَهُ دِيَةٌ عَلَى المشهور)، بل نقص هنا تعيين

(١) أخرجه النسائي في الصغرى، (٤٨٥٣) من حديث عمرو بن حزم.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن: ٨٩/٨، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

المشهور، ولا يقال: أرد به مقطوع الحشفة؛ لأنه سيتكلم عليه؛ لأنه لا يفهم من لفظه على أنه لا يعلم في ذلك خلاف، والذي في "الْمَوَّازِيَّة" و"المجموعة " عن مالك أن الأمر المجتمع عليه أنه ليس في المقطوع الحشفة إلا الاجتهاد، وإلى ذلك أشار بقوله:

(ص): **(وَالْحَشَفَةُ كالذَّكَر فَلَوْ قُطِعَ عَسِيبُهُ بَعْدَهَا فَحُكُومَةٌ كَالْكَفِّ بَعْدَ الأَصَابِعِ)**

(**ش**): أي: الحشفة في الدية كالذكر، وقوله: (فَلَوْ قُطِعَ عَسِيبهُ) تقدم من كلام مالك أنه الأمر المجتمع عليه.

خليل: وقد يقال: فيه نظر، بل الظاهر أن تكون دية أخرى؛ لأنه يجامع به، وتحصل له به اللذة، وبهذا يفارق الكف بعد الأصابع.

فإن قيل: فالعضو الواحد لا تكون فيه ديتان، قيل: هذا ممنوع؛ لأنَّا نوجب في السن إذا اسودت دية كذلك إذا قلعت، وخرج اللخمي قولا بأن يكون فيه بحساب ما بقي من قول مالك في الأنف: هل الدية للمارن أو له من أصله؟ قال: إلا أَنْ يكون في مسألة الذكر إجماع.

(ص): **(وَالأَلْيَتَانِ مِنَ الْمَرْأَةِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: حُكُومَةٌ، وَقَالَ أَشْهَبُ: الدِّيَةُ)**

(**ش**): وجه قول ابن القاسم أنه لم يرد فيه نص، وبالقياس على الرجل، وقال أشهب: هُمَا أعظم عليها ضررًا من ثديها، والأليتان بفتح الهمزة[1].

(ص): **(الشُّفْرَانِ إِذَا بَدَا العَظْمُ فَالدِّيَةُ)**

(**ش**): الشفران: بضم الشين وسكون الفاء، الجوهري: وشفر الرحم وشافرها حروفها، وروى ابن حبيب: ابن وهب روى أن عمرَ بن الخطاب رضي الله عنه قضى في شفري المرأة بالدية إذا سلقا حتى يبدو العظم.

(ص): **(وَالرِّجْلانِ كَالْيَدَينِ، والعَرَجُ الْخَفِيفُ مُغْتَفرٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ أَخَذَ لَهُ أَرْشًا)**

(**ش**): أي: فيه الدية من الأصابع أو من الورك، ويندرج ما فوق الأصابع قطعًا أو شلا، واحترز بالعرج الخفيف من العرج الشديد، فليس له إلا بحساب ما بقي، وإن لم يبق العرج فيها منفعة فالاجتهاد.

وقوله: (إِنْ لَمْ يَكُنْ أَخَذَ لَهُ أَرْشًا)، وأَمَّا إِنْ أَخَذَ له فبحساب ما بقي.

ابن عبد السلام: وقد وقع في "الْمُدَوَّنَة" في ذلك اضطراب في هذه المسألة

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٨، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٦.

وأشباهها من العين الناقصة ضوءها واليد الضعيفة، وظاهر ما في "الْمُدَوَّنَة" أنه إن أخذ للعرج أرشًا فليس له إلا بحساب ما بقي، وإن لم يأخذ له أرشًا فقولان، وفي "الْموازية" الخلاف وإن أخذ للنقص عقلا، والنظر يقتضي ألا يكون له إلا بحساب ما أتلف.

(ص): (والْمُقَدَّرُ مِنَ الْمَنَافِعِ عَشَرَةٌ: الْعَقلُ: وَلَوْ زَالَ بِمَا فِيهِ دِيَةٌ تَعَدَّدتْ)

(ش): لما فرغ من ديات الأعضاء شرع في المنافع، وبدأ بالعقل لشرفه، وإذا وجبت الدية في السمع ونحوه فهو أَوْلى، وقد ورد في الحديث أن فيه الدية كاملة، اللخمي: وإن جن من الشهر يومًا وليلة كان له جزء من ثلاثين جزءًا من الدية، وإن جنَّ الليل دون النهار أو بالعكس كان له جزء من ستين.

قوله: (وَلَوْ زال بما فيه دِيَة تعدَّدت) كما لو قطع يده فجن، فإن عليه ديتين، والتعدد مقيد بأن يكون حال العقل بسببه في غير محل العقل، أما إن كان في محله كما لو أمَّه أو جدع أنفه، وقلنا: إن محله الدماغ فليس له إلا دية العقل، قال في "المقدمات": وإن أصيب بمأمومة فذهب منها عقله فله على مذهب مالك دية العقل ودية المأمومة لا يدخل بعض ذلك في بعض؛ إذ ليس الرأس عنده بمحل للعقل، كمن أذهب سمع رجل وفقأ عينه في ضربة، وعلى مذهب ابن الماجشون إنما له دية العقل ولا شيء له في المأمومة، كمن أذهب بصر رجل وفقأ عينه في ضربة واحدة، ومذهب مالك أن محله القلب، وهو أكثر أهل الشرع، وهو مذهب عبد الملك وأبي حنيفة أن محله الرأس، وهو مذهب أهل الفلاسفة.

(ص): (وَالسَّمْعُ: وَفِي إِبْطالِ أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ، وَمَا نَقَصَ فَبِحِسَابِهِ، ويُعْرَفُ بِأَنْ يُصَاحَ مِنْ مَواضِعَ عِدَّةٍ مُخْتَلِفةٍ، مَعَ سَدِّ الصَّحِيحَةِ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ حُلِّفَ، وَنُسِبَ إِلى سَمْعِهِ الآخر، وإلا فَسَمْعٌ وَسَطٌ، فَإِنْ اخْتُلِفَتْ فَقِيلَ: لا شَيْءَ لَهُ، وَقِيلَ: لَهُ الأَقَلُّ مَعَ يَمِينِهِ، وَقالَ أَشْهَبُ: إِنْ صَحَّ أَنَّ أَحَدَ السَّمْعَين يَسْمَعُ كَالسَّمْعين فَهُوَ عِنْدِي كالبَصرِ...)

(ش): لا أعلم خِلافًا أن في السمع الدية وفي أحدهما نصفه، فإن نقص منهما أو من أحدهما فبحسابه، ومعرفة ما نقص من ذلك بأن يصاح من مواضع مفترقة بعد سد الصحيحة، فإذا لم يختلف قوله سدت الناقصة ويصاح به، ثم ينظر ما بين الصحيحة

والمصابة، وينسب ذلك إلى الدية ويأخذ ما بقى بنسبته[١].

قوله: (وإلا فَسَمْعٌ وسطٌ) أي: وإن لم يكن له سمع آخر وأصيب في أذنيه نسب سمعه إلى سمع وسط ثم لا بُدَّ من يمينه، نص عليه مالك وابن القاسم وأشهب، وظاهر رواية ابن وهب سقوط اليمين، ويجري فيها الخلاف من يمين التهمة.

وقوله: (فإن اختلف قولُهُ) أي: اختلافًا متباينًا، وأَمَّا التقارب فيصدق كالمتساوية، وقوله: (لا شيء له) أي: للمجني عليه، وفي بعض النسخ: (فلا شيء على الجاني)، وهذا قول مالك في "الْمَوَّازِيَّة"، ونقله أصبغ عن مالك وأصحابه؛ لأن اختلاف قوله يدل على كذبه، وقال عيسى بن دينار: له الأقل مع يمينه، وإذا وجبت اليمين مع عدم الاختلاف فهنا أَوْلَى.

وقوله: (قَالَ أَشْهَبُ) هو دليل على أن أشهب إنما قال بوجوب الدية في عين الأعور؛ لأن نظر الأخرى قد انتقل فلذلك قال: (إِنْ صحَّ... إلخ) وأشار ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة" إلى أن حكم عين الأعور مقصور عليها للسنة، وذلك على خلاف القياس لقصر الحكم على محله.

(ص): (الْبَصَرُ: وَهُوَ كالسَّمْع، وَيُخْتَبَرُ بإِغْلاقِ الصَّحِيحَةِ، وَتُجْعَلُ الْبَيْضَةُ وَنَحْوُهَا فِي أَمْكِنَةٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَقَدْ تَقَدَّمَ عَيْنُ الأَعْوَرِ...)

(ش): أي: البصر كالسمع في تكميل الدية بذهاب جميعه، وفي أحدهما نصفها، فإن ادَّعى نقص بصره اختبر ببيضة ونحوها، وصفة ذلك كما تقدم في السمع، وقد تقدم حكم عين الأعور كما تقدم أن فيها الدية.

(ص): (وَإِذَا ادَّعى الْمَضْرُوبُ ذَهَابَ جَمِيع سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ صُدِّقَ مَعَ يَمِينِهِ، ويُخْتَبَرُ إِنْ قُدِرَ عَلَى ذَلِكَ بِمَا وَصَفْنَاه، والظَّالِمُ أَحَقُّ أَنْ يُحْمَلَ عَلَيْهِ...)

(ش): الاختبار في الأذن أن يصاح على غفلة صِياحًا شديدًا.

أشهب: ويشار إلى عينيه جميعًا، أو العين التي يقول ذهبت، فإن لم يستدل على كذبه صدق مع يمينه، ولما كان قبول قول المدعي من غير بينة على خلاف مقتضى الأحوال استشعر المصنف ذلك سؤالا فأجاب بقوله: (والظَّالِم أَحقُّ أَنْ يُحْمَلَ عَليه)، وهكذا قال في "الْمُدَوَّنَة"، وهو جواب لا يقيم جميع صور المسألة؛ إذ الظلم من لوازم

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٩، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٧.

العمد، والمسألة مفروضة في العمد والخطأ، ولو قال المصنف: يختبر، كما ذكرنا لكان أحسن.

(ص): (**الشَّمُّ: وَيَنْدَرِجُ فِي الأَنْفِ كَالبَصَرِ مَعَ العَينِ والسَّمْعِ مَعَ الأُذُنِ**)

(ش): أي: في الشم الدية، فإن قطع أنفه فأذهب شمه فدية واحدة، ويندرج الشم في الأنف كما يندرج البصر مع العين والسمع في الأذن، وهذا قول ابن القاسم.

وقال ابن الجلاب: القياس عندي أن يكون في الشمِّ والأنف ديتان، وكذلك في الأذنين إذا أذهبا مع السمع، والقياس أن يكون فيها دية وحكومة على اختلاف الروايتين في ذلك[1].

(ص): (**النُّطْقُ: فِيهِ الدِيَةُ إِنْ بَقِيَ الذَّوق، وَمَا نَقَصَ فَبِحِسَابِهِ، وَقَالَ أَصْبَغُ: تُجَزَّأُ الدِّيَةُ عَلَى ثَمَانِيَةٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا؛ عَدَدَ الْحُرُوفِ...**)

(ش): لا خلاف أعلمه أن في النطق الدية، وما نقص فبحسابه واختلف في ذلك، ففي "الْمُدَوَّنَة" وغيرها يقدر أهل المعرفة ولا ينظر في عدد الحروف فإن منها الرخو الشديد، فإن قال: يقع في نفوسنا أنه ذهب من كلامه نصفه أو ثلثه أعطي بقدر ذلك. قال في "العتبية" وغيرها: وإن شكَّ أهل المعرفة الثلث أو الربع أعطي الثلث، والظالم أحق أن يحمل عليه، قال في "البيان": والأولى في الخطأ ألا يكون له إلا الأقل.

أصبغ: تجزأ الدية على ثمانية وعشرين جزءًا عدد الحروف، ثم يقال له انطق بالحروف، فما عجز عن النطق به أعطي بحسابه، وبعضها إن كان أثقل إلا أن ذلك لا ينبغي أن يراعى كالأصابع، فإن بعضها أنفع من بعض وعقلها متساوٍ. واختاره اللخمي، وردَّ ابن المواز وغيره بأن بعض اللسان لا حظ للسان فيه كالباء والميم والحاء، وأيضًا فإن الحروف لا تنحصر في ثمانية وعشرين في لغة غير العرب، ولا تبقى بإسقاط حظ الزائد؛ لأن الدية عوض عن الكلام الذي هو أعم من لغة العرب.

(ص): (**وَفِي الصَّوْتِ الدِّيَةُ**)

(ش): النطق أخصر من الصوت، وقد نصَّ أبو بكر في "الوقار " على ما ذكره المصنف، أما لو ذهب دفعة واحدة النطق والصوت فدية واحدة.

وفي اللخمي: إن ذهب بعض كلامه وذهب صوته أخذ جميع العقل دية كاملة،

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٠، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٨.

وإن ذهب نصف كلامه ونصف صوته أخذ ثلاثة أرباع الدية؛ لأنه يستحق نصف الدية عن ذهاب نصف الكلام، ويسقط ما يقابله من الصوت وهو النصف؛ لأنه لو ذهب جميع الكلام وجميع الصوت لم يزد للصوت شيئًا، وبقي نصف الكلام ذهب منها الصوت فليأخذ لما ذهب من صوته ربع الدية.

(ص): (**وَفِي الذَّوْقِ الدِّيَةُ**)

(ش): ابن عبد السلام: هذا هو المشهور.

وعلى ما يظهر من كلام غير واحد من الشيوخ ولم يذكر فيه أكثرهم خلافًا، ونَحَا أبو الفرج إلى أن فيه حكومة، وربما استقرئ هذا القول من "الْمُدَوَّنَة" وغيرها حيث لم يجعلوا في لسان الأخرس إلا الحكومة مع أن الذوق حاصل في لسان الأخرس. انتهى.

وقال ابن راشد: هكذا نقل ابن شاس. وقال اللخمي: فيه الدية قياسًا على الشمّ، ورأيت الفقهاء بالديار المصرية ينكرون عليه هذا النقل ويقولون: هو خلاف "الْمُدَوَّنَة"؛ لأنه أوجب فيها في لسان الأخرس وحكومة وقيد الذوق، ولعله أجاب في "الْمُدَوَّنَة" عن لسان الأخرس ذَاهِلا عن الذوق، ولو نبَّه على ذلك لأجاب بالدية. انتهى باختصار. وفي "المقدمات": ينبغي على أصولهم أن يكون في الذوق الدية كاملة، ولا أعلم لأصحابنا فيه نصًّا.

(ص): (**ويُجَرَّبُ بِالْمُرِّ الْمَقِرِ**)

(ش): بفتح الميم وكسر القاف، يقال منه مقر الشيء بالكسر يمقر مقرًا إذا صار مرًّا فهو شيء مقر، والمقر أيضًا الصبر، وفي بعض النسخ: (المنفر) وهي كالأولى؛ أي الشديدة المرارة، والذي لا يمكن الصبر عليه، وفي بعض النسخ: (المقه) وليست ظاهرة؛ لأن المقه لغة: القبيح البياض، وليس المراد هنا، وسكت المصنف هنا عن اليمين، والظاهر أنه غير محتاج إليها؛ لأن الدال على صدقه هنا قوي، وهو اختباره بشديد المرارة، ولهذا عاقبه المصنف بوجوب اليمين في الجماع فقال:

(ص): (**وَفِي قُوَّةِ الْجِمَاعِ الدِّيَةُ ويَحْلِفُ**)

(ش): لا أعلم فيه خِلافًا. اللخمي: وَتَجِبُ الدية في ذِهَابِ النسل بشيء سَقَاه أَوْ أَطعمه وإن لم يبطل الإنعاظ.

(ص): (**فَإِنْ رَجِعْت ردَّهَا قَرُبَ أو بَعُدَ، وَفِي الإِفْضَاءِ قَولان: حُكُومَةٌ وَدِية؛ وَهُوَ رَفْعُ الحاجِزِ بَيْنَ مَخْرَجِ البَوْلِ وَمَسْلَكِ الذَّكَرِ...**)

(ش): القول بالحكومة في "الْمُدَوَّنَة"، ونص عليه في (كتاب الرجم)، والقول بوجوب الدية فيه لابن القاسم، وهو الأقرب، وعلله ابن شعبان بأنه منعها اللذة، ولا تمسك الولد ولا تمسك البول إلى الخلاء؛ ولأن مصيبتها بذلك أعظم من الشفرين، وقد نصوا على وجوب الدية فيه، وتفسيره ظاهر التصور[1].

(ص): (**وَلا يَنْدَرِجُ تَحْتَ المَهْرِ بِخِلافِ أَرْشِ البَكَارَةِ**)

(ش): أي: ولا يندرج الإفضاء تحت المهر بخلاف البكارة؛ لأنه لا يمكن الوطء إلا بإزالتها.

(ص): (**وَلَوْ أَزَالَ البَكَارَةَ بِأُصْبُعِهِ فَحُكُومَةٌ**)

(ش): أي: فعلى الزوج حكومة، وعليه نصف الصداق إن طلق، وهو القياس عند أصبغ في "الْمَوَّازِيَّة"، ولابن القاسم أيضًا أن لها الصداق كاملا.

(ص): (**والزَّوْجُ وغَيْرُهُ فِيْهِمَا سَواءٌ إِلا فِي الحَدِّ وَحَمْلِ العَاقِلَةِ فِي الإِفْضَاءِ إِنْ بَلَغَتِ الثُّلُثَ بِخِلافِ الأَجْنَبِيِّ يَغْتَصِبُهَا...**)

(ش): (فيهما) أي: في الإفضاء والبكارة. وقوله: (سواء) أي: في لزوم الدية أو الحكومة على القولين في الإفضاء ولزوم الحكومة في البكارة، ثم استثنى من المساواة وجوب الحد على الأجنبي إذا أزال البكارة بغير أُصبُعه، وحمل العاقلة في حقِّ الزوج، فإن عاقلته تحمل أرش الإفضاء؛ لأنه خطأ، وهو ظاهر على القول بلزوم الدية؛ ولذلك ترك المصنف التفريع عليه، وأما على القول بلزوم الحكومة فيشترط فيها أن تبلغ الثلث.

واحترز بقوله: (يَغْتَصِبُهَا) مِمَّا لو طاوعته، فإنها لا أرش لها حينئذٍ في إفضائها، نص عليه في "الْمُدَوَّنَة" في الرجم.

وقال أشهب: عليه الحكومة وإن طاوعته. واسحسنه اللخمي قال: ولا فرق في ذلك بين الزوج وغيره؛ لأن كل ذلك طوع. وفرق المشهور بأنها في الزنى أسقطت حقها بتمكينها من نفسها بخلاف ذات الزوج فإنها مُجْبَرة على التَّمْكِين.

(ص): (**وَفِي مَنْفَعَةِ القِيَامِ وَالْجُلُوسِ الدِّيَةُ: رَوَى ابْنُ القَاسِمِ، وَفِي قِيَامِهِ فَقَطْ، ثُمَّ مَا نَقَصَ فَبِحِسَابِهِ**)

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١١/٣٢١، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٩.

(ش): يعني: أنه تجب الدية في مجموع منفعة القيام والجلوس، وروى ابن القاسم في قيامه بانفراده الدية، ووجهه القياس على الرجل. والذي في "الْمُدَوَّنَة": وقال مالك في الصلب الدية.

قال ابن القاسم: وذلك إذا قصر عن القيام. فعلى هذا إن قدر على المشي مع حدب أو عتل فإنما فيه الاجتهاد، ونحوه لمالك في "المجموعة"، ورواه ابن وهب. وقال عبد الملك: إذا انكسر الصلب ولم يقدر على الجلوس ففيه الدية.

اللخمي: وقيل: فيه الدية إذا انطوى، يريد إذا صار كالراكع.

اللخمي: ويصح أن تكون الدية في الصلب للفصلين جميعًا، إذا بطل جلوسه، وإن كان يقدر على المشي على الحباء، وإن لم يبلغ أن يكون كالراكع، وكذلك إذا فسد قيامه وصار كالراكع، وإن كان يقدر على الجلوس، وقال ابن الماجشون: في الصلب ثلاثة وثلاثون فقارة، فإذا كان في الصلب الدية ففي كل فقارة ثلاثة من الإبل.

اللخمي: فراعى الصلب، ولم يراع ما أفسد من المشي.

وقوله: (ثُمَّ مَا نَقَص فَبِحسَابِهِ) أي: على كل قول فعلى الأول يعتبر النقص من مجموع القيام والجلوس، وعلى الثاني يعتبر من القيام فقط.

(ص): **(وَلَو ضَرَبَ صُلْبَهُ فَبَطَل ذَلِكَ وَجِمَاعُهُ فَدِيَتَانِ)**

يعني: أَنَّ دية ذِهَاب الْجِمَاع لا تندرج تحت الصلب، وإن كانت قوة أكثر الجماع من الصلب[1].

فرع:

بقي على المصنف مما فيه الدية ما إذا أجذمه أو أبرصه أو اسود جسمه. واختلف في هدم عظام الصدر، فقال ابن القاسم: فيه الدية. وقال ابن عبدوس: فيه حكومة.

اللخمي: وفي الشَّوَى - وهي جلدة الرأس - الدية. وقاله عبد الملك، ونص اللخمي أيضًا على وجوب الدية إذا سقاه ما أبطل نسله، وإن كان أَنْعَظ ويمني.

(ص): **(وَمَا سِوَى ذَلكَ فَحُكُومَةٌ كَأَشْفَارِ العَينينِ وَالْحَاجِبَيْنِ واللِّحْيَةِ والرَّأْسِ لَمْ تُنْبت)**

(ش): لأن هذه الأشياء إنما فيها جمال.

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٢، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤٠.

(ص): (فَأَمَّا جِرَاحُ العَبْدِ فَمُعْتَبَرَةٌ بَعْدَ البُرْءِ بِقِيمَتِهِ، وَفِي الشِّجاجَ الأَرْبَعِ مِنْ قِيمتِهِ بِنِسْبَتِهَا مِنَ الدِّيَةِ، فَفِي مُوضِحَتِهِ نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ...)

لما في "الموطأ " أن مروان بن عبد الحكم كان يقضي في العبد يصاب بالجرح أن على مَنْ جرحه قدر ما نقص من ثمن العبد؛ أي: من قيمته.

وقوله: (بَعْدَ البرء) أي: الحر، وهذا مقيد بما إذا لم يكن الجرح لم يتلف المقصود منه، وأما إن أتلفه فإنه يضمن جميع قيمة العبد ويعتق عليه أحب سيده أم كره؛ لأن قيمته عوضه، وهو مضار في ترك قيمته، وأخذ ما لا ينتفع به، وإحرام العبد العتق.

وقوله في "الْمُدَوَّنَة": ويعتق عليه هو المشهور. وقال ابن الماجشون، ومطرف: لا يعتق عليه؛ لأنه إنما مثل بعبد غيره.

قوله: (وفي الشِّجاج الأربع) أي: المأمومة والجائفة والمنقلة والموضحة (مِنْ قِيمَتِهِ بِنِسْبَتِهَا مِنَ الدِّيَةِ)، ففي كل من المأمومة والجائفة ثلث قيمته وهو ظاهر، وإنما فرق بين هذه وغيرها مما فيها تقدير كاليد والسن؛ لأن هذه الجراح قد تبرأ من غير شين، لو لم يلزم الجاني إلا ما سلم في بعض الأوقات من أرش الجناية بخلاف غيرها، هكذا في عيسى بن دينار.

(ص): (وَعَلَى ذَلِكَ فَلَو جَبَّه فَلَمْ يُنْقِصْهُ فَلا غُرْمَ وَيُعَاقَبُ فِي العَمْدِ)

قد تقدَّم الكلام على هذه المسألة وما فيها من الخلاف في الغصب حين ذكرها المصنف.

وقوله: (ويعاقب في العمد) ليست العقوبة خاصة بهذه المسألة، بل هي في كل جناية عمد[1].

(ص): (والمَرْأَةُ مُسلِمَةٌ أو غَيْرُهَا تُعاقِلُ الرَّجُلَ مِثْلَهَا ما لَمْ تَبلُغْ ثُلُثَ دِيَتِهِ، فَإِذَا بَلَغَتْهُ رُدَّتْ إلى قِيَاسِ دِيَتِهَا، فَفِي ثَلاثَةِ أَصَابعَ مِنَ الْمُسْلِمَةِ ثَلاثُونَ وَفِي أَرْبَعٍ عِشْرُونَ، وَالْمُوضَحِةُ والْمُنَقِّلَةُ كالرَّجُلِ، وَالْمَأْمُومَةُ وَالْجَائِفَةُ نِصْفُهَا...)

(ش): تعاقله؛ أي: تساويه في العقل. ومعنى قوله: (مثلها) المسلمة تعاقل المسلم والكتابية تعاقل الكتابي، ثم بين أن تلك المساواة بشرط ألا تبلغ الثلث، فإن بلغته رجعت إلى عقلها، ثم بين ذلك فقال: (ففي ثلاثة أصابع من المسلمة ثلاثون)؛ لكونها

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٣، وحاشية الصاوي: ٩/٣٤١.

لم تبلغ ثلث الدية، (وفي أربع وعشرون) لرجوعه إلى ديتها، وهي في الموضحة والمنقلة كالرجل بخلاف المأمومة والجائفة.

ولما كان هذا الحكم يستشكله الذهن بأول وهلة أتبعه بالدليل عليه فقال:

(ص): **(وَهُوَ إِجْمَاعُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَرَوَى مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ: سَأَلْتُ ابْنَ الْمُسَيِّبِ رَضِيَ اللهُ عَنْهم: كَمْ فِي ثَلاثَةِ أَصَابعَ مِنَ الْمَرْأَةِ؟ فَقَالَ: ثَلاثُونَ. فَقُلت: كَمْ فِي أَرْبع؟ فَقَالَ: عِشْرونَ. فَقُلت: حِيْنَ عَظُمَ جُرْحُهَا نَقَص عَقْلُهَا. فَقَالَ: أَعِرَاقِيٌّ أَنْتَ؟ فَقُلْتُ: بَلْ عَالِمٌ مُتَثَبِّتٌ، أَوْ جَاهِلٌ مُتعلِّمٌ، فَقَالَ: هِي السُّنَّة يَا ابْنَ أَخِي...)**

(ش): هذا نقله ابن شاس، ونقل ابن عبد البر: جمهور المدينة. وبه قال الفقهاء السبعة، وعمر بن عبد العزيز، والليث، وعطاء، وقتادة، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، ورواه النسائي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهم قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "عَقْلُ الْمَرْأَةِ مِثْلُ عَقْلِ الرَّجُلِ، حَتَّى يَبْلُغَ الثُّلُث مِنْ دِيَتِهَا"[1].

عبد الحق: وفيه عياش وهو في غير الشاميين ضعيف.

ابن عبد البر: وقول ابن المسيب (هي السُّنَّة) يدل على أنه أرسله عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(ص): **(وَحَيْثُ اتَّحَدَ الفِعْلُ أَوْ كَانَ فِي حُكْمِهِ لَمْ يُعْتَبَرِ اتِّحَادُ المَحَلِّ، فَضَرْبَةٌ وَاحِدَةٌ تُبِينُ أَصَابعَ مِنْ يَدَيْنِ حُكْمُهَا حُكْمُ اليَدِ...)**

(ش): لما بين أنها تعاقله فيما دون الثلث ولا تعاقله في الثلث أخذ يبين ما يضم من الجنايات وما لا يضم، فذكر أن الفعل الواحد أو ما في حكمه يوجب الضم وإن اختلف المحل، كما أن اتِّحاد المحل يوجب الضم وإن افترق الفعل، وخالف عبد العزيز في هذا فرأى أن ما كان مفترقًا لا يضم وإن كان في فور واحد وليس كالضربة الواحدة، وروى المغيرة عن مالك مثله. أشهب: والأول أحب إلينا كالسارق أصل سرقته.

وقوله: (حُكْمُهَا) أي: حكم اليدين كاليد الواحدة، فإن قطع من اليدين ثلاثة أصابع فعليه ثلاثون، وإن قطع أربعًا فعشرون.

(ص): **(فَلَوْ قُطِعَ لَهَا بَعْدَهُ أُصْبُعٌ لَمْ يُضَمَ بَلْ تَأْخُذُ لَهُ عُشْرًا إِنْ كَانَ ثَانِيًا أَوْ ثَالِثًا أَوْ**

---

(١) أخرجه النسائي في الصغرى، برقم (٤٨٠٥) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

خَامِسًا كَمَا لَوْ كَانَ فِي كُلِّ يَدٍ عَلَى حِيَالِهَا وكَذَلِكَ الرِّجلان...)

(ش): الضمير في (بَعْدَهُ) يعود على الضرب المفهوم من ضربه أو على القطع المفهوم من (تُبين).

قوله: (بل تأخذُ) ذكَّر الأصبع؛ لأنه يؤنث، ويُذكَّر، نص عليه الجوهري، ومراده بقوله: (لَمْ يُضَمَ)؛ أي اليدين معًا، ويضم إلى اليد الواحدة فتأخذ له عشرًا إن كان من اليد الأولى أصبع أو أصبعين، وهو معنى قوله: (ثانيًا أو ثالثًا) على اختلاف النسخ وخمسًا إن كان وافق بأن يكون قطع من اليد أولا ثلاثة أصابع، (أو خامسًا) بأن يكون قطع أولا أربعًا[1].

وقوله: (كما لو كان... إلخ) كما لو كان القطع في كل يد بانفرادها، ثم قطعت بعد ذلك من أحد اليدين فإنها لا تضم إلى اليد المقطوعة، وقوله: (وكذلك الرجلان) أي: في جميع ما تقدم، وضابط هذا أنك تضم إذا اتحد المحل، وإن تعدد الضرب، وكذلك تضم إذا اتحد الضرب وإن تعدد المحل وإن لم يتحد فلا يضم، واعترض عليه ابن عبد السلام: تذكير الأصبع وهو مؤنث، وقد تقدم ما يجاب عنه، وكذلك بتقديرنا قوله: (لم يضمَّ)؛ أي اليدين معًا يندفع قوله ابن عبد السلام أيضًا، فقول المصنف: (لم يُضَمَّ) منافٍ لقوله: (وخمسًا إن كان رابعًا)، والله أعلم.

(ص): **(وَقِيْلَ: لا يُضَمُّ شَيْءٌ إِلَى ما قَبْلَهُ فِيْهِمَا كالمَشْهُورِ فِي الأَسْنانِ وَكَالْمَواضِحِ أَوْ الْمَنَاقِلِ الْمُتَعَدِّدَةِ...)**

(ش): (فيهما) أي في الصورتين المتقدمتين إذا كان المقطوع في اليدين أو في كل يد على حالها، ويحتمل أن يعود على اليدين أو الرجلين على ما إذا تعدد الضرب وقرب الزمان بينهما أو بعد، وهذا القول مذهب عبد العزيز بن سلمة، وروى المغيرة عن مالك مثله، وذلك أن هذين الإمامين يقولان: لا يضاف حكم أصبع إلى الآخر إلا أن يقطع من ضربة واحدة أربع أصابع فتأخذ بحساب عقلها، ثم إن قطع بعد ذلك الأصبع الخامسة يكون خمس، وقال عبد الملك: عشرة، ونحوه عن ابن نافع، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال. انتهى.

وقوله: (كالمشْهُورِ في الأَسْنَانِ) يعني أن المشهور فيها عدم الضم، بل تأخذ لكل

(١) انظر: حاشية العدوي:١٩٨/٧، وحاشية الصاوي: ٣٦٠/٩.

سن قطعت بعد غيرها خمسًا، والقولان لابن القاسم، ورأى في الشاذ الضم كالأصابع.

اللخمي: وعدم الضم أقيس، ولا يصح الضم إلا على قول ابن المسيب أن في جميع الأسنان دية كالأصابع في جميعها، وأما على قول مالك أنه لا يقتصر على دية وأن في كل واحدة خمس فلا يحسن، ويكون كالمواضح والمناقل فلا يضم بعضها إلى بعض قالوا: باتفاق.

(ص): **(وَلا يُضَمُّ الْخَطَأُ إِلى العَمْدِ - اقْتَصَّتْ أَوْ عَفَت - فَتَأْخُذُ لِرَابعٍ وَخَامِس عِشْرينَ)**

(ش): هذا هو المعروف، ولم يختلف فيه قول ابن القاسم وروايته، قال في "البيان": وروى أشهب أنه يحسب عليها من أصابعها ما أصيب به عَمْدًا، وهو قول سحنون والبرقي[1].

(ص): **(الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ إِذَا كَانَتْ خَطأً أَوْ فِي حُكْمِهِ مِنْ غَيْرِ اعْتِرَافٍ وَبَلَغَتْ ثُلُثَ دِيَةِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوْ الْجَانِي أَيْضًا عَلَى الأَشْهَرِ مُنَجَّمَةً...)**

(ش): لما فرغ من تقدير الديات في النفس وأجزائها شرع في بيان من هي عليه فذكر أن الدية على العاقلة بشرط أن تكون الجناية خطأ أو في حكمه، وهو العمد الذي لا قصاص فيه كالمأمومة والجائفة، ولا يريد بما في حكمه الدية على الأب فإنه قد تقدم أن المشهور كونها على الأب.

وقوله: (من غير اعترافٍ) يعني: ويشترك في وجوبها على العاقلة أن يثبت القتل ببينة، وفي معناه من اللَّوث بخلاف الاعتراف، وسيأتي ما فيه من الخلاف.

قوله: (وَبَلَغَتْ ثلث دية المجني عليه أو الجاني) شرط ثالث؛ أي أن الدية لا تجب على العاقلة إلا أن تبلغ الثلث.

أبو عمر: وهو قول الفقهاء السبعة خلافًا للشافعي في حملها القليل والكثير، وقوله: (ثُلُثَ دِيَةِ الْمَجْنيِّ عَلَيْهِ أَوْ الجاني أيضًا) أي أيهما حملته العاقلة، والأشهر مذهب "الْمُدَوَّنَة"، فلو وجبت على رجل منقلة حملتها العاقلة، ومقابل الأشهر في "العتبية" أن العاقلة إنما يحتمل ما بلغ ثلث دية المجني دون الجاني، ويظهر الخلاف في المرأة والكتابي والمجوسي، ولعبد الملك ثالث: أن العاقلة لا تحمل إلا ثلث دية

---

(١) انظر: حاشية العدوي:١٩٩/٧، وحاشية الصاوي: ٣٦١/٩.

رجل كان الجاني رجلا أو امرأة، وإنما جعلت الدية على العاقلة؛ لأنه عليه الصلاة والسلام كذلك فعل، ولم تجعل الجاني رفقًا به؛ لأنه معذور بالخطأ، ورفقًا أيضًا بالعاقلة في جعلها عليهم منجمة في ثلاث سنين، وحكى اللخمي عن أشهب أن العاقلة لا تحمل إلا ما زاد على الثلث[1].

(ص): **(وَأَمَّا فِي العَمْدِ وَفِيمَا لَمْ يَبْلُغِ الثُّلُثَ فَعَلَى الْجَانِي حَالَّة)**

(ش): هذا بيان ما احترز عنه، وقوله: (حَالَّة) هو المشهور، وقيل: إن دية العمد منجمة.

(ص): **(وَجِرَاحُ العَمْدِ الَّتِي لا قَوَدَ فِيهَا كالمأْمُومَةِ وَالْجَائِفَةِ وَكَسْرِ الفَخِذِ إِنْ بَلَغَ ثُلثَ الدِّيَة عَلَى العَاقِلَةِ، وَإِلَيْهِ رَجَعَ بِخِلافِ قَطْعِ اليَدِ وَنَحْوِه مِمَّا لَوْ كَانَ لَهُ لَقَطَع؛ لأنَّ هَذَا يَسْقُطُ للعَدَمِ...)**

(ش): يعني: أنه اختلف في الجراح التي لا قصاص فيها؛ لكونها مَتَالف فكان مالك أولا يقول: عقلها في مال الجاني، ثم رجع إلى أنه على العاقلة بناءً على النظر العمد أو إلى عدم القصاص فكانت كالخطأ، ولمالك ثالث أنها في ماله إلا أن يكن عديمًا فعلى العاقلة.

وقوله: (بخلاف... إلخ) أي أن القصاص في هذا إنما سقط؛ لعدم وجود مثله للجاني فلهذا يكون عقل ذلك في ماله، بخلاف المأمومة ونحوها فإن القصاص قد سقط مع أن موضعها قائم.

(ص): **(وَلَو شَجَّه مُوضِحَة خطَأً فَذَهَبَ عَقْلُهُ وسَمْعُهُ فَدِيَتَانِ ونِصْفُ عُشْرٍ عَلَى العَاقِلَةِ، وَكَذَلِكَ لَو شَجَّه مُوضحَةً وَمَأْمُومَةً بِضَرْبَةٍ واحِدَةٍ...)**

(ش): نحوه في "الْمُدَوَّنَة"، وهو ظاهر على مذهب مالك الذي يرى العقل في القلب، وأَمَّا على قول عبد الملك فإذا كانت الموضحة في اللَّحْي الأعلى من الوجه فكذلك، وإن كانت في الدماغ تسقط دية الموضحة، واحترز بقوله: (خطأً) مما لو كانت الموضحة عمدًا فإنه يقتص له من الموضحة، فإن ذهب عقل المقتص منه وسمعه فواضح، وإن لم يذهب ذلك فدية ذلك في مال الجاني على المشهور.

قوله: (وَكذَلِك لَوْ شَجَّه مُوضِحَةً وَمَأْمُومَةً) إنما مثل مثالين لينبه على أنه لا فرق

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٢، والذخيرة:١١/٧.

بين جرح ومنفعة وبين جرحين.

وقوله: (بضربةٍ) احترازًا من ضربتين فإن العاقلة لا تحمل الموضحة حينئذٍ؛ لأنها دون الثلث[١].

(ص): **(وَالدِّيَةُ المُغَلَّظَةُ عَلَى الْجَانِي عَلَى المَشْهُورِ)**

(ش): قد تقدم هذا.

(ص): **(ولا تَحْمِلُ العَاقِلَة جِنَايَةَ عَمْدٍ، ولا عَبْدٍ ولا صُلْحًا ولا قاتِلا نَفْسَهُ عَمْدًا أو خطأً، وَلا اعْتِرَافًا وَلا أَقلَّ مِنَ الثُّلُث...)**

(ش): أَمَّا العمد فلا خلاف أن العاقلة لا تحمله إلا ما تقدم من المتالف، وأما العبد فلأنه إن جنى عمدًا اقتصَّ منه، وإن جنى ففي رقبته، وأما الصلح فإن كان عمَّن يلزم العاقلة من دية الخطأ فمن حق العاقلة أن ترده إن شاءت، وإن كانت عن عمد فلا يلزمها الأصل ولا الفرع، وجمهور العلماء على أنه لا شيء في قتل الإنسان نفسه، ورأى الأوزاعي على عاقلته الدية، وسيأتي الخلاف في الاعتراف بالخطأ. قوله: (ولا أقلَّ مِنَ الثُّلُث) تقدم الكلام عليه.

(ص): **(والعَاقِلَةُ هي العَصَبَةُ وَأُلْحِقَ بالعَصَبَةُ أَهْلُ الدِّيْوَانِ لِعِلَّةِ التَّنَاصُرِ)**

(ش): هذا ما قال مالك أن العاقلة هي العصبة، ابن الجلاب: قربوا أو بعدوا. ابن عبد البر: وكانت الدية في الجاهلية تحملها العاقلة فأقرها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكانوا يتعاقلون بالنصرة فجرى الآن على ذلك، حتى فعل عمر رضي الله عنه الديوان.

قوله: (وأُلْحِقَ بالعَصَبَة) مجمل في حمل العقل من حيث الجملة، ويحتمل أنهم يدخلون معهم في الحمل، والأول هو المراد؛ لأن ظاهر كلام مالك وأشهب وأصبغ أن الديوان مقدم على العصبة، وسيصرح المصنف بذلك، وحكى ابن شعبان قولا بأنه لا مدخل للديوان في العصبة ولا يعقل على الإنسان إلا قومه.

(ص): **(وَقَالَ أَشْهَبُ: بِشَرْطِ قِيَامِ العَطَاءِ)**

(ش): هكذا نقله اللخمي عن أشهب وابن القاسم، ومعناه أنه إنما يحمل أهل الديوان بشرط قيام العطاء لهم ليعطوا منه.

---

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٣، والذخيرة:١١/٨.

أشهب: وإن لم يكن عطاءً قائمًا يحمل عنه قومه، وإن لم يكن في أهل الديوان من يحمل ذلك لم يدخل معهم الخارجون من أهل الديوان، ويضم إليهم من أهل الديوان أقرب القبائل إليهم.

(ص): **(والْمَوَالي الأعْلَوْنَ)**

(ش): أي: اتَّفَقوا على دخول المولى الأعلى؛ لأنه من العصبة، وعصبة النسب مقدَّمة عليه كما تقدَّم الأقرب فالأقرب من ذوي الأنساب.

(ص): **(وَبَيْتُ الْمَالِ)**

(ش): أي: لمن لا عاقلة له؛ لأنهم كما يرثون يعقلون عنه.

(ص): **(ولِذَلِكَ يُقْسِمُ مَوَالِي أُمِّ الْمُلاعَنَةِ عَلَى ابْنِهَا فِي العَمْدِ، فَلَوْ كَانَتْ مِنَ العَرَب فَلا قَسَامَةَ، وَأَمَّا فِي الْخَطَأ فَوَرَثَتُهُ...)**

(ش): ولأجل أن المولى الأعلى من العاقلة، لموالي الملاعنة أن يقسموا على ابنها في العمد والدية في الخطأ، وإن كانت من العرب فلا قسامة في العمد لعدم العاصب بخلاف الخطأ فتقسم أمه وإخوته لأمه ويأخذون حظهم من الدية، وإلى هذا أشار بقوله: (وَأَمَّا فِي الْخَطَأ فَوَرَثَتُهُ)، ولو أسقط المصنف (أُمّ)، وقال: مولى الملاعنة لكان أصوب، ولعله من إضافة الصفة إلى الموصوف؛ أي الأم الملاعنة.

(ص): **(والمُوَالِي وَالْمُحَالِفُ فَلَيْسَ مِنْهَا)**

(ش): أي: من العاقلة.

(ص): **(وَفِي المَوَالِي الأسْفَلين قَوْلانِ)**

(ش): القول بدخولهم رواه أصبغ عن ابن القاسم، وأكثر مسائل أهل المذهب تدل عليه، والقول بعدم دخولهم لسحنون في كتاب ابنه، وهو أقيس؛ لأنهم ليسوا عصبة ولا ورثة[1].

(ص): **(وَفِي دُخُولِ الجَانِي فِي التَّحَمُّلِ رِوَايَتَانِ)**

(ش): استظهره ابن القصار وهو الصواب، وذكر صاحب " الإشراف " عن بعض أصحابنا أن قول مالك بدخوله استحسان وليس بقياس.

(ص): **(يُبْدَأُ بِأَهْلِ الدِّيوَانِ فَإِنِ اضْطُرَّ إلى مَعُونَةٍ أَعَانَتْهُم عَصَبَتُهُمْ)**

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٢٨٤، والذخيرة:١١/٩.

(ش): أي: بأهل الديوان وإن كانوا قبائل شَتَّى، وهكذا في "الْمَوَّازِيَّة" و"الْعُتْبِيَّة"، قال في "البيان"، وهو خِلاف "الْمُدَوَّنَة" أَنَّ العقل إِنَّمَا هو على عصبة القاتل إن اضطر إلى معونة الديوان أعانهم عصبتهم، وفي "الْمَوَّازِيَّة": أعانهم من قومه مَنْ ليس معهم في الديوان، قال: ما يفعلون ذلك وإني لا أَرَى ذلك. ابن المواز: ليس ذلك عليهم.

(ص): **(فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ دِيوَانٍ فَعَصَبَتُهُ وَيُبْدَأُ بِالْفَخِذِ، ثُمَّ البَطْنِ، ثُمَّ العِمَارَةِ، ثُمَّ الفَصِيلَةِ، ثُمَّ القَبِيلَةِ، ثُمَّ أَقْرَبِ القَبَائِلِ...)**

(ش): هكذا ذكر ابن شاس، وحاصله: البداءة بالأقرب فالأقرب، وما ذكره المصنف راجع إلى اللغة، وحكى الجوهري ما حَكَاه المصنف عن أبي عبيد عن ابن الكاتب عن أبيه قال: الشعب أكبر من القبيلة ثم العصبة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ، ولنقتصر على هذا فإنه متعلق باللغة لا بالفقه، ونقل ابن كوثر وابن أبي جمرة في وثائقهما عن سحنون أن حد العاقلة سبع مائة منتمون إلى أب واحد، وفي "البيان " في الديات الأولى أن في رواية سحنون: إذا كانت العاقلة خمس مائة وألف فهم قليل، ويتمم أقرب القبائل إليهم.

(ص): **(فَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَصَبةٌ فَمَوَالِي فَإِنْ لم يَكُنْ فَبَيْتُ الْمَالِ إِنْ كَانَ الجَانِي مُسْلِمًا، وَإِنْ كَانَ ذِمِّيًا فَأَهْلُ إِقْلِيمِهِ مِنْ أَهْلِ دِينِهِ ثُمَّ يَضْرِبُ الأَقْرَبُ الَّذِينَ مِنْ كُورِهِمْ)**

(ش): أي: الأعلون والأسفلون على الخلاف المتقدم.

وقوله: (إِنْ كَانَ الْجَانِي مُسلِمًا) هذا شرط في بيت المال؛ لأن ما قبلها من المراتب يشترط فيها المسلم والذمي، وما ذكره المصنف ظاهر على القول بأن مال الكتابي الحر لأهل دينه ولورثته، وأما على قول ابن القاسم بأن ماله للمسلمين فينبغي أن يعقل عنه في بيت المال.

واحترز بقوله: (مِنْ أَهْلِ دِينِهِ) من اليهودي بالنسبة إلى النَّصْرَاني وبالعكس.

سحنون: وإذا لزمتهم أي اليهود بمدينة القيروان وإفريقية دخل فيها من إفريقية من اليهود الذين يحملون معهم الْخَرَاج فكل من كان يحمل معهم الْخَرَاج فكان خَرَاجهم واحدًا يأخذون به ويعقلون عنه، وإِنْ لَمْ يكن فِيمَنْ معهم الْخَرَاج قوة على أداء العقل أسلفهم الإمام ولا يقدحون.

أشهب: وإن دخل إلينا حربي بأمان فقتل مُسْلِمًا خطأ حبس وأرسل إلى موضعه وكورته فيخبرونهم بما صنع وما يلزمهم في حكمنا، فإن أدوا عنه وإلا لم يلزمه إلا ما

كان يؤديه معهم، رواه البرقي عنه، وروي عن سحنون الدية في مال الجاني، وليس على أهل بلده منها شيء، وقال ابن القاسم: ديته على أهل دينه الحربيين، والكُوَر: بضم الكاف وفتح الواو، جمع كورة بضم الكاف وسكون الواو، الجوهري: هي المدينة.

(ص): (فَإِنْ كَانُوا منْ أَهْلِ صُلْحٍ فَأَهْلُ ذَلِكَ الصُّلْحِ)

(ش): هكذا قال مالك في "الْمَوَّازِيَّة".

(ص): (وَلا يُضْرَبُ عَلَى أَحَدٍ مِنَ العَاقِلَةِ إلا بِمَا لا يَضُرُّ بِمَالِه وَيُؤْخَذُ مِنَ الْغَنِيِّ بِقَدْرِهِ وَمِمَّنْ دُونَهُ بِقَدْرِهِ، ولا يُضْرَبُ عَلَى فَقِيرٍ وَلا عَلَى مُخَالِفٍ فِي الدِّينِ ولا عَلَى عَبْدٍ وَلا صَبِيٍّ ولا امرأةٍ...)

(ش): يعني: أنه لا يؤخذ من كلِّ واحد من العاقلة إلا ما لا يضر بماله؛ فلذلك يختلف الضرب بحسب الغنى والفقر.

قوله: (ولا يُضْرَبُ) فهذا بيان منه لموانع ضربها، فلا تضرب على فقير؛ لأنها إعانة والفقير ينبغي أَنْ يُعان، ولا على مخالف في الدين؛ لأن علتها التناصر، ولا تناصر مع اختلاف الدين، والعبد كالفقير، والصبي والمرأة لا تناصر فيهم، اللخمي: خمسة يعقل عنهم ولا يعقلون: الصبيان، والمجانين، والنساء، والفقير، والغارم، وإذا كان عليه من الدين بقدر ما في يديه ويفضل له ما يكون به في عدد الفقراء، ولو كان لا شيء بيده فهو فقير.

(ص): (فَلَو بَلَغ الصَّبِيُّ أَوْ قَدِمَ الغَائِبُ لَمْ يَدْخُلْ، فَلَوْ أُعْدِمَ مَنْ جُعِلَ عَلَيه لَم تُزَلْ)

(ش): أي: المعتبر من كان موصوفًا بالصفات المتقدمة يوم ضربها؛ فلذلك إن بلغ الصبي أو قدم الغائب لم يدخلا، ولا تزاد على من أيسر، ولو أعدم من جعلت عليه لم تزل.

(ص): (وَفِيمَنْ مَاتَ قَوْلانِ)

(ش): الأقرب عدم السقوط لاتفاقهم على العدم، وهو قول ابن القاسم، والقول الآخر لأصبغ، قال: ويرجع ذلك إلى بقية العاقلة.

(ص): (قَالَ ابْنُ القَاسِم: كَانَ يُؤْخَذُ مِنْ أَعْطِيَاتِ النَّاسِ مِنْ كُلِّ مِائَة دِرْهَمٌ وَنصفٌ)

(ش): هذا كالبيان لقوله: ولا تضرب إلا بما لا يضر بماله.

(ص): (وَلا دُخولَ لِلْبَدَوِيِّ معَ الْحَضَرِيِّ، وَإِنْ كَانَتْ قَبِيلَتَهُ عِنْدَ ابْنِ القَاسِمِ خِلافًا لأشْهَبَ، كَمَا لا يَدْخُلُ أَهْلُ مِصْرَ مَعَ أَهْلِ الشَّامِ وَإِنْ كَانُوا أَقْرَبَ، وَيُعَدُّ كَالْمَعْدُومِ...)

(ش): يعني: لا تعقل أهل البادية مع الحاضرة ولا بالعكس وإن كانت قبيلة، وهذا مذهب مالك في "الْمُدَوَّنَة"، وبه أخذ ابن القاسم بأنه لا يستقيم أن يكون في دية واحدة إبل وعِير، وأجاز ذلك أشهب، قال: ويخرج أهل البادية ما يلزمهم إبلا، وإن كان الجارح ليس منهم، ويخرج أهل القرى حِصَّتهم عينًا، وَإِنْ كان الجارح ليس منهم، وَإِنَّمَا تؤخذ الإبل من البدوي بقيمتها.

ابن عبد السلام: وانظر قوله: بقيمتها، وما المانع من أخذها بالجزء من نصف أو ثلث كما لو كان قاتلان أحدهما بدوي والآخر حضري، ولأشهب وعبد الملك قول آخر أن الأقل تبع للأكثر إنْ كان أهل العمود الأكثر كانت الدية إبلا ويؤدي معهم أهل القرى ما عليهم إبلا وبالعكس، وإن كان ما عليهم متناصِفًا، زاد عبد الملك أو يقرب بعضهم من بعض فيحمل كل فريق من ذلك ما هم أهله، ورواه ابن وهب عن مالك.

وقوله: (لا يَدْخُلُ أَهْلُ مِصْرَ مَعَ أَهْلِ الشَّامِ) وهو تشبيه لإفادة الحكم، وليس مراده به حُجَّة على أشهب، قال بعض مَنْ تكلم على هذا الموضع: ويحتمل الاستدلال؛ لأن ابن القاسم وأشهب اتَّفَقا على ذلك.

(ص): **(وَفِي ضَمِّ مِثْلِ كُوَرِ فُسطَاطِ مِصْرَ إِلَيْهَا قَوْلانِ لابْنِ القَاسِمِ وأَشْهَبَ)**

(ش): يعني: أنه اختلف في مثل ضم أعمال مصر إليها، فقال بالضم ابن القاسم، وقال أشهب بعدمه، وحكي عن أشهب أيضًا الضم، وهو الأقرب؛ لأن البلد الواحد قد يضيق عن حملها، وذهب أن مصرَ لا يضيق فليس غيرها كهي، والمراد بفسطاط مصر نفس المدينة، وأمَّا مصر إذا أطلقت، فقال اللخمي: مراد ابن القاسم بمصر أهل الكورة، ومصر من أسوان إلى الإسكندرية، وقال سحنون في إفريقية: يضم عقلها بعضها إلى بعض من طرابلس إلى طبنة.

خليل: ومن انقطع من أهل جهة فسكن جهة أخرى اختبر الموضع الذي انتقل إليه، وأشار غير واحد إلى أنه بنفس الانتقال يتغير الحكم؛ يعني إذا فرضت الدية ولو في اليوم الذي انتقل فيه، وقال بعضهم: لا بُدَّ أن تكون تقدمت قبل ذلك بأربعة أيام، وهذا الْخِلاف أشار بعض الشيوخ إلى تخريجه هنا من مسائل " المقدمات".

(ص): **(وَتُنَجَّمُ الكَامِلَةُ عَلَى الْمُسْلِمِ وَغَيْرِهِ ثَلاثَ سِنِينَ أَثْلاثًا وَفِي آخرِهَا مِنْ يَوْمِ الحُكْمِ)**

(ش): أي: الدية الكاملة على المسلم؛ أي المأخوذة من قبل المسلم أو غيره، ونبَّه

بذلك حتى لا يتهم أن الكاملة مقصورة على دية المسلم؛ إذ هي أكمل الديات.

وقوله: (ثلاثَ سنين) لا خِلاف في ذلك.

ابن عبد البر: وما قيل: في أربع فشذوذ. و(أثلاثًا) منصوب على الحال، أي متساوية، وقوله: (في آخرها) زيادة في "البيان"؛ إذ لو كان الدفع في أول كل سنة لزم أن تكون في سنتين، وهو مناقض لجعلها في ثلاث.

قوله: (يَوْمِ الحُكْمِ) أي: يَوْمَ القتل أو يوم الخصام.

(ص): (**وَفِي حُلُولِ غَيْرِ الكَامِلَةِ قَوْلانِ**)

(**ش**): هما روايتان، والمشهور التنجيم، وهو الموافق لقضاء عمر؛ لأنه فرض ثلثي الدية في سنتين، نقله ابن عد البر؛ ولأنَّه إذا قيل بالحلول يكون في غير الكاملة أكثر من الكاملة؛ لأن الثلاثة الأرباع أو الثلثين، إذا كانت حالة قد يكون أكثر من قيمة فيسعها مؤجلا.

(ص): (**وَعَلَى تَنْجِيمِهِ فَفِي ثَلاثِ سِنِينَ، أَوْ بِالنِّسْبَةِ قَوْلانِ**)

(**ش**): يعني: وإذا فرعنا على القول بتنجيم غير الكاملة فاختلف: هل ذلك في ثلاث سنين أو بالنسبة فيكون الثلث في سنة والنصف في سنة ونصف؟ ومُقْتَضَى كلامه أنه لو وجب الثلث على القول الأول نجم في ثلاث سنين، وهذا لا يوجد، وإِنَّمَا ذلك بشرط أن يزيد الواجب على الثلثين كثلاثة أَرْبَاع الدية وخمسة أسداس.

(ص): (**وَعَلَى النِّسْبَةِ فَفِي مِثْلِ النِّصْفِ والرُّبعِ ثَالِثُها: يُنْظَرُ الْحَاكِمُ، والْمَشْهُورُ التَّنْجِيمُ بالأَثْلاثِ، وَلِلزَّائِدِ سَنَةٌ فالنِّصْفُ والرُّبُعُ فِي ثَلاثَةٍ...**)

(**ش**): يعني: واختلف إذا بنينا على القول بالنسبة في مثل النصف والثلاثة الأرباع، قيل: يجتهد الإمام فيه إن رأى أن يجعله في سنتين أو في سنة ونصف، وأخذ ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة" بالسنتين، فقال: وفي سنتين أحب إليَّ لما جاء أن الدية تقطع في ثلاث سنين أو أربع، وقال أشهب: في النصف يؤخذ الثلث إذا مضت سنة، والسدس الباقي إذا مضت السنة الثانية، وزاد اللخمي عن مالك قولا آخر في النصف بأن يكون في سنة ونصف، قال في "الْمُدَوَّنَة" إثر الروايتين: أو ثلاثة أرباعها في ثلاث سنين، وقال في خمسة أسداسها: يجتهد الإمام في السدس الباقي.

عياض: يعني يجتهد حتى يجعل في أول السنة الثالثة أو وسطها أو آخرها، وقيل: يأتي على قوله في ثلاثة أَرْبَاع الدية في ثلاث سنين ربع كل سنة أن يقسم خمسة

أسداس الدية على ثلاثة سنين. انتهى.

ولم أر ما شهره المصنف فضلا عن أن يكون شهورًا، ولعله أخذه مما في "الْمُدَوَّنَة" أن الثلاثة الأرباع، ثم إن القولين المتقدمين من كلام المصنف. وقوله: (التَّنْجِيمُ بالأثْلاثِ، وَلِلزَّائِدِ سَنَةٌ) وفي بعض النسخ (نسبة).

ابن عبد السلام: والثانية هي الصواب؛ لأنه على الأولى يكون تكرارًا مع القول المتقدم، وأن غير الكاملة تكون في ثلاث سنين على السواء، وعلى هذا يكون الثلثان في سنتين وللزائد أيضًا سنة.

ثم قوله إثر هذا: (فالنصف والربع في ثلاث سنين) بغير النسخة الأولى.

ابن المواز: إن جاوزت الثلثين فأمر بين فهي كالكاملة، وإن جاوزت بالشيء اليسير فذلك كل شيء.

الباجي: وإذا قلنا ما زاد على الثلثين يقطع في ثلاثة أعوام، فقال أشهب: يقطع في كلِّ سنة ثلاثة، وإنْ لَمْ يكن له مال قطع في سنتين، واستحسن أن تكون الزيادة في آخر السنتين، قال: وإن كانت ثلثًا وزيادة يسيرة فهي في سنة، وإن كان له بال ففي السنة الثانية، قال ذلك كله ابن سحنون عن أبيه.

(ص): (وَحُكْمُ مَا وَجَبَ عَلَى عَوَاقِلِ مُتَعدِّدَةٍ بِجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ فِي التَّنْجِيمِ حُكْمُ العَاقِلَة كَمَا أَنَّ حُكْمَ مَا وَجبَ بِالْجِنَايَاتِ المُتَعَدِّدَة خطأً فِي حَمْلِ العَاقِلة حُكْمُ ما وَجَبَ بِالْجَانِي الوَاحِدِ...)

(ش): أي: أَنَّ اتِّحاد الجناية مع تعدد الْجَانِي يجعل حكم العاقلة الواحدة عشرة رجال حملوا خشبة وقطعت منهم على رجل، فإن الدية تنجم على عاقلة كل واحد منهم، ويكون على قبيلة كل واحد منهم عشر الثلث في كلِّ سنة من الثلاث كما أن الجنايتين المتعددتين من قبيلة حكمهما حكم ما وجب بالجاني الواحد فتنجم عليها الجناية وإن تعددت، وهي مصيبة نزلت عليها، ونبَّه المصنف على هذا دفعًا لتوهم أن الجناية الثانية إنما تنجم على العاقلة بعد وفائهم الأولى.

(ص): (وَتَجِبُ فِي الْجَنِين ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى عَمْدًا أَوْ خَطَأً إِذَا كَانَ حُرًّا مُسْلِمًا - حُرًّا كانَ أَبُوهُ أَوْ عَبْدًا - فِي مَال الْجَانِي غُرَّةٌ...)

(ش): قد تقدَّم الحديث المقتضي لذلك، ثُمَّ لا فرق في الجنين بين أن يكون ذكرًا أَوْ أنثى، ولا أن يكون بفعل عمد أو خطأ بشرط أن يكون حُرًّا، إِمَّا أَنْ تكون أمه حملت

به وهي حرة، وإما أن تكون أمةً لأبيه، وبشرط أن يكون مَحْكُومًا له بالإسلام. وسيأتي الكلام على الجنين المحكوم له بالرق والكفر.

وقوله: (فِي مَالِ الجَانِي) متعلق بـ (تَجِبُ)، وهذا مذهب "الْمُدَوَّنَة"، وروى أبو الفرج أن العاقلة تحملها؛ لأنها دية شخص قائم بنفسه، والأول مُقيد بأَلا تكون دية الجانِي، ففي "الْمُدَوَّنَة": وإن ضرب مجوسي أو مجوسية بطن مسلمة خطأ فألقت جنينًا ميتًا حملته عاقلة الضارب، والتخويف حتى تسقط موجب الغرة كالضرب بشرط أن يثبت التخويف أنه أمر يخاف منه، وأن يشهد الشهود أنها لزمت الفراش منذ تخوَّفت إلى أَنْ يسقط، وشهد النساء على السقط.

(ص): (وَهُوَ ما تُلْقِيهِ الْمَرْأَةُ مِمَّا يُعْرَفُ أَنُه وَلَدٌ مُضْغَةً كَانَ أَوْ غَيْرَهَا)

(ش): هذا الباب وما تكون به أم الولد وما تحل به المعتدة واحد، وقد تقدم خلاف ابن القاسم في الدم المجتمع الذي لا يذاب بالماء الساخن، وقد يقال: كلام المصنف هنا يوهم قصر الحكم على المضغة فما بعدها إلا أن يقال: غيرها يعم.

(ص): (وَفِي جَنِينِ الذِّمِّيِّ نِصْفُهَا)

(ش): أضاف الجنين للذمي؛ لأنه تابع لأبيه، (نِصْفُهَا) أي نصف دية جنين المسلم، ومراده بالذمي الكتابي؛ لأنَّ المجوسي لا تبلغ ديته النصف؛ لأن دية الجنين إما عشر دية أمه أو نصف عشر دية أبيه، فدية جنين المجوسي أربعون درهمًا.

(ص): (وَفِي جَنِينِ الرَّقِيقِ عُشرُ قِيمَةِ الأَمِّ، وَقِيلَ: مَا نَقَصَهَا)

(ش): الأصل مذهب "الْمُدَوَّنَة"، ولا التفات إلى حرية أبيه؛ لأنها تابع لأمه في الرقِّ، والقول الثاني لابن وهب، ومنشأ الخلاف هل قيمة الأمة كدية الحرة، والأمة مال فكانت كسائر البهائم فإنه ليس فيها إلا ما نقص، ولو تزوج نصراني مجوسية أو بالعكس ففي جنينها قولان: هل على حكم أبيه أو حكم أمه؟ والأول أصح، وكذلك اختلف في العبد المسلم يكون زوج الكتابية، فقال ابن القاسم: تجب في ولده غرة؛ لأن ولدها حُر من قبل أمه ومسلم من قبل أبيه، وقال أشهب: فيه عشر دية أمه.

(ص): (والغُرَّةُ: عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ مِنَ الحُمْرِ عَلَى الأَحْسَنِ أَوْ مِنْ وَسَط السُّودَانِ)

(ش): (الحُمْر) هم البيض، قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "بُعِثْتُ إِلَى

الأَحْمَرِ وَالأَسْوَدِ"[1].

وقوله: (عَلَى الأَحْسَن) أي الأفضل، وليس المراد على القول الأحسن وإنما استحب الحمر؛ لأنه اختلف: هل للفظ الغُرَّة زيادة على الرقبة بحسب اللغة؟

فقيل: لا زيادة، ولهذا فسرها الباجي بالأسنان وغيره بالسمت، وبعض الشيوخ برقيق الخدمة لا عليه، وقيل: بل هي مأخوذة من غُرَّة الفرس فلا بُدَّ عنده أن تكون من البيض، وإلى ذلك ذهب ابن عبد البر، وقيل: هي مأخوذة من الغرة بمعنى الخيار والأحسن؛ لأن الغُرَّة عند العرب أحسن ما يملك، فلهذا الاختلاف استحب مالك الحمر ولم يوجبه، قال في "الْمُدَوَّنَة": وإِنْ قَلَّ الحمر بتلك البلد فلتؤخذ من السودان، قال في "المجموعة": من وسط السودان.

ابن عبد السلام: ولم أر لأصحابنا في سن الغُرَّة حَدًّا، وقال الشافعي: أقله سبع سنين.

(ص): (وَمَهْمَا بَذَلَ خَمْسِينَ دِينارًا أَوْ سِت مائة دِرْهَمٍ أَوْ غُرَّةً تُسَاوِي أَحَدَهُمَا وَجَبَ القَبُولُ، وَإِلا لَمْ يَجِبْ إِلا أَنْ يَتَرَاضَوا...)

(ش): ظاهرة تخيير الجاني وهو موافق لقول اللخمي الذي يقتضيه قول مالك، وابن القاسم، وأشهب أن الجاني بالخيار، يريد أن يغرم الغرة أو يأتي بعشر دية الأم من كسبهم، إما ذهب أو ورق، وظاهر "الْمُدَوَّنَة" خلافه؛ لأن فيها بعد نصه أن ذلك غرة عبد أو وليدة، والقيمة في ذلك خمسون دينارًا أو ست مائة درهم، وليست القيمة بسنة مجمع عليها، وإنما أرى ذلك حسنًا، فإذا بذل الْجَانِي عبدًا أو وليدة أُجبر على أخذه إن شاء، وأمَّا بذل خمسين دينارًا أو ست مائة درهم، وإن ساوى أقل من ذلك، لم يجبروا على أخذه إلا أن يشاءوا، فلم ينص على الجبر إلا في الوليدة، ولذلك قال أبو عمران: انظر إن أتى الجاني بخمسين دينارًا أو ست مائة درهم هل يجبرون على أخذها، وهل تجوز أو يواطئه عليها أو يؤخره لها أو يكون ذلك دينًا بدين كما هو في قتل الخطأ إن راضوه على غير العين مؤجلا؟

واستشكل اللخمي اشتراط أن تكون الغرة تساوي هذا القدر، قال: لأن المذكور في الحديث الغرة، ولم تعتبر القيمة، وأثمان العبيد تختلف في البلدان، فلو وجبت

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (٢٧٣٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

الغرة بموضع لا يساوي ذلك لم يلزم بأكثر.

(ص): (**وَقَالَ ابنُ الْقَاسِمِ: لا تُؤْخَذُ الإبِلُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: تُؤْخَذُ مِنْ أَهْلِهَا خَمْسَ فَرَائِضَ**)

(ش): قال في "الْمُدَوَّنَة": لأنه قد قضى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالغرة والناس يومئذٍ أهل إبل، وإنما تقويمها بالعين مستحسن، واختار محمد وغيره قول أشهب، وحسَّن محمد الخمس بأن تكون بنت مخاض، وبنت لبون، وابن لبون ذكر، وحقة، وجذعة، وقاله ربيعة، ونقل ابن شعبان والباجي عن أشهب هذا التفسير أيضًا.

أصبغ: ولا أحسب ابن القاسم إلا قال بالإبل، ورواه عنه أبو زيد، واعترض ابن المواز حُجَّة ابن القاسم بأن الحديث ليس فيه إبل؛ لأنه قد وافق على الورق والذهب.

(ص): (**وَغُرَّةُ الْجَنِينِ مُشْتَرَطَةٌ بانْفِصَالِهِ مَيِّتًا قَبْلَ مَوْتِ أُمِّهِ عَلَى الْمَشْهُورِ**)

(ش): اتَّفق على وجوب الغُرَّة إذا انفصل في حياة أمه، واختلف إذا انفصل بعد موتها فالمشهور لا غُرة فيه كعضو من الميتة، والثاني: لأشهب في "الْمَوَّازِيَّة".

(ص): (**فَإِنْ انْفَصَل بَعْضُهُ فِي حَيَاتِهَا فَقَولانِ**)

(ش): هو فرع على المشهور؛ أي إذا اشترط خروجه في حياتها فهل يقوم مقامه خروج بعضه، والقولان ذكرهما ابن شعبان.

ابن راشد: والظاهر من قول مالك أنه لا شيء فيه، وفي بعض النسخ: فإن انفصل بعد موتها أو بعضها في حياتها فقولان، والنسخة الأولى أصوب لما يلزم على هذه من التكرار.

(ص): (**فَإِنْ انْفَصَل حَيًّا مُطْلَقًا وَالْجِنَايةُ خطَأً وتَرَاخَى المَوْتُ فالدِّيةُ بِقَسَامَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَتَراخَ فَفِي القَسَامَة قَوْلانِ لابْنِ القَاسِمِ وأَشْهَبَ...**)

(ش): يعني: فإن انفصل الجنين حيًّا قبل موت أمه أو بعده، وهو مراده بـ (مُطلقًا) فإن تراخَ موته فالدية بقسامة؛ لاحتمال أن يكون مات من غير ضربة، وإنْ لَمْ يتراخَ الموت، فقال ابن القاسم: لا بُدَّ مِنَ القسامة أيضًا، وقال أشهب: لا يحتاج إلى القسامة، واستحسنه اللخمي، قال: لأن محله إذا مات بالحضرة أن ذلك عن الضربة كغير الجنين، والفرق لابن القاسم أن هذا المولود لضعفه يخشى عليها الموت بأدنى الأسباب، ولو قال المصنف عوض قوله: (حيًّا) (واستهل) لكان أحسن، فقال ابن المواز: لو خرج حيًّا ولم يستهل حتى قتله رجل لا قود فيه وإنما فيه الغُرَّة، وعلى قاتله

الأدب، قال: وقال بعض العلماء: فيه دية كاملة.

فرع:

وإذا اشترطنا القسامة فأَبَى الأولياء عنها فحكى صاحب " النكت " عن بعض شيوخه أن لهم الغرة كمن قطعت يده، ثم تراخى فمات، فأبوا أن يقسموا فإن لهم دية اليد.

عبد الحق: وهو عندي غير مستقيم بل ليس لهم الغُرة؛ لأن الجنين لما استهلَّ صَارِخًا صار من جملة الأحياء، وزالت ديته عن الغرة.

(ص): (**وَإِنْ كَانَتْ عَمْدًا فَكَذَلِكَ عَلَى المَشْهُورِ، وقالَ ابنُ القَاسِم: إِنْ تَعَمَّدَ هذا الْجَنينَ بِضَرْبِ بَطْنٍ أَوْ ظَهْرٍ فَالقَوَدُ بِقَسَامَةٍ...**)

(**ش**): يعني: وإن كانت الجناية عَمْدًا، والإشارة بذلك إلى تراخي موته وعدم تراخيه، والأول هو قول أشهب وقول ابن القاسم الذي جعله شاذًّا هو مذهب "الْمُدَوَّنَة" و"المجموعة"، وألحق ابن شاس ضرب الرأس بالظهر والبطن بخلاف الرجل وشبهها، ونص ابن أبي زيد في "مختصره " على أن ضربها في الرأس كالرجل في نفي القصاص ووجوب الدية في مال الْجَانِي، وصرَّح الباجي بالمشهور كالمصنف فقالا: المشهور قول مالك أنه لا قود فيه وإن كان الضرب عمدًا.

(ص): (**وإِذَا تَعَدَّدَ الجَنينُ تَعَدَّدَ الوَاجِبُ مِنْ غُرَّةٍ أو دِيَةٍ**)

(**ش**): يعني: عن غُرَّة إن لم يستهل، ودية إن استهل.

(ص): (**والدِّيَة مُطْلَقًا تُورَثُ كَمَالِ المَيِّتِ**)

(ش): (مُطْلَقًا) سواء كانت عن عمد أو عن خطأ، وقد قضى عمر رضي الله عنه بتوريث المرأة من دية زوجها لما روي له عن النَّبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهذه المسألة لا تناسب الجنين، وكأنه أراد التوصل إلى الكلام على دية الجنين، ولهذا قال:

(ص): (**وَغُرَّةُ الْجَنِينِ وَدِيَتُهُ كَذَلِكَ**)

(**ش**): يعني: أنهما موروثان على فرائض الله، وروي عن مالك أنها للأبوين فقط على الثلث والثلثين، فإن لم يكن إلا أحدهما فجميعها له، وهو قول ابن هرمز، ثم رجع مالك إلى الأول، وهو قول ابن شهاب، وقال ربيعة: هي للأم خاصة؛ لأنَّها ثمن عن عضو منها، اللخمي: وهو أحد قولي ابن القاسم، وانظر قول مالك وابن هرمز: فإن لم يكن إلا أحدهما فهي له، فكيف يتصور أن ينفرد الأب؟!

عبد الحق: وإنما يتصور إذا خرج الجنين بعد موتها على القول الذي يقول: إن فيه الغُرَّة، وأما على قول ابن القاسم في الكتاب فلا.

(ص): (**وَلِذلِكَ لَوْ اسْتَهَلَّ صَارِخًا بَعْدَ مَوْتِ أُمِّهِ وَرِثَهَا وَوَرِثَ مَا أَلْقَتْهُ مَيِّتًا قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ**)

(**ش**): أي: ولكون الدية تورث عنه، (**لو اسْتَهَلَّ صَارِخًا بَعْدَ مَوْت أُمِّهِ**) يريد: ثُمَّ مات ورثها، يريد لأنه حي بعد موروثه، (وَوَرِثَ ما **أَلْقَتْهُ مَيِّتًا**) قبل موتها، وسواء **أَلْقَته** قبل موت المستهل أو بعده، ولا إشكال إن ألقته بعده، وكذلك إذا ألقته قبله؛ لأن الجنين يرث.

(ص): (**وَإِنْ انْفَصَلَ مِنْهَا مَيِّتًا بَعْدَ مَوْتِهَا فكَالْعَدَمِ**)

(**ش**): أي: لا يرث لعدم حياته ولا يورث؛ إذْ لا غُرَّة عَلَى المشهور.

(ص): (**الكَفَّارَةُ وَاجِبَةٌ عَلَى الحُرِّ المُسْلِمِ إِذَا قَتَلَ حُرًّا مُؤْمِنًا مَعْصُومًا خَطأً**)

(**ش**): هذا هو الموجب الثالث من موجبات الجراح، ودليله قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلا خَطَأً﴾ [النساء: ٩٢] الآية. وقوله: (على الحرِّ) احترازًا من العبد؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾، والعبد لا يصح له ذلك إذ لا ولاء له، واحترز بـ (المُسْلم) من الكافر فلا تجب عليه؛ إمَّا لأنَّه غير مخاطب، وإمَّا لعدم أهليته للقربة، وقوله: (إِذَا قَتَلَ... إلخ)، ذكر للمقتول أربعة شروط:

أولها: الحرية، فلا تجب الكَفَّارة في قتل العبد، نعم تستحب كما سيأتي، وظاهر الآية أن فيه الكفَّارة؛ لأنه مؤمن، وهو ظاهر قول أشهب لقوله: فليعتق، نقله عنه ابن رشد.

ثانيها: الإيمان للآية. ثالثها: أَنْ يكون مَعْصُومًا. رابعها: أن يكون خطأً.

ابن عبد السلام: فإن قيل: لِمَ غَيَّر المصنف العبارة فذكر الإسلام في حقِّ القاتل والإيمان في حق المقتول؟

قيل: الأصل في الأحكام التي بطلت ظهورها فيما بين الناس أن تكون معلقة على ظاهر مثلها، وهو ها هنا الإسلام؛ لأنه ها هنا وصف ظاهر، وكفَّارة القتل من هذا النوع، ولكن أتى المصنف بوصف الإيمان؛ لأنه المطابق للآية، فإن قيل: فهل يظهر لذكر الإيمان في الآية بالنسبة إلى القاتل والمقتول معنى، قيل: نعم؛ لأن الإيمان مستلزم للمراقبة الحاملة على توقِّي أسباب القتل، وأَدْعَى للتحرز من إذاية المؤمن لأخيه المؤن

بِلِسَانِهِ فكيف بيده فكيف بقتله؟!

(ص): **(تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ سَلِيمَةٍ مِنَ العُيُوبِ لَيْسَ فيها شِرْكٌ ولا عَقْدُ عِتْقٍ كرَقبَة الظِّهَارِ، فإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ فَإِن لَمْ يَسْتَطع انْتَظَرَ أَحَدَهُمَا...)**

(ش): أي: هي تحرير، وقد تقدَّم الكلام على شروط الرقبة، ومن لم يجدها؛ فعليه صيام شهرين متتابعين بنص الآية، وكلامه ظاهر.

(ص): **(وَتَجِبُ الكَفَّارةُ فِي مَالِ الصَّبِيّ والْمَجْنُونِ)**

(ش): جعلوا الكفَّارة من باب خِطاب الوضع؛ لأنَّها لما كانت عن النفس أشبهت عوض المتلفات، فإن كان لهذا دليل من إجماع أو غيره فيجب التسليم، وإلا فالظاهر سقوطها عنهما، وردها إلى خِطَاب التكليف.

(ص): **(وَفِي اسْتِحْبَابِهَا فِي الْجَنِينِ رِوَايَتَانِ)**

(ش): أي: وعدم استحبابها، والروايتان معًا في "الْمَوَّازِيَّة"؛ لأنَّ فيها: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُكَفِّرَ، ابن المواز: وقال أشهب: لا كفَّارة عليه وليست بنفس، وكأنه جرحها جرحًا، وفي "الْمُدَوَّنَة": واستحسن مالك الكفَّارة في الجنين، قيل: وظاهر قول أشهب: لا كَفَّارة، فيه خلاف "الْمُدَوَّنَة".

أبو الحسن: وقوله استحسن؛ أي: استحب، ولم يرد الاستحسان الذي هو أحد الأدلة، وقول ابن عبد السلام: هكذا عبَّر غير واحد بلفظ الاستحباب، وعبارة الإمام فيه وفي الرقيق بالاستحسان في الحكم، والاستحسان مدركه ليس بظاهر.

(ص): **(وَتُسْتَحَبُّ فِي الرَّقِيقِ والذِّمّيِ والعَمْدِ الْمَعْفُوِّ عَنْهُ، وَقَاتل مَنْ لا يُكَافِئُهُ؛ كالمُسْلِمِ معَ الكافر، والحُرِّ مَعَ العَبْدِ...)**

(ش): أي: وَتُسْتَحب في جميع هذه الأشياء، والمذهب كما ذكر استحبابها في العمد، والشافعي يوجبها فيه، ويرى أنها إذا وجبت في الخطأ فوجوبها في العمد أَوْلى، والخلاف كالخلاف في اليمين الغموس.

وقوله: (وقاتل مَنْ لا يُكَافِئُهُ) هذا محمول على العمد، والكلام الأول في الخطأ ولا يلزم التكرار؛ لأنه حينئذٍ لا يستفاد من قوله: (وقاتِلِ مَنْ لا يُكافِئُهُ... إلخ) إلا ما استفيد من قوله: (وَتُسْتَحَبُّ في الرَّقيق والذِّمّيِ)، وها إنما يأتي على تمشية ابن راشد وابن عبد السلام أن قوله: (وقاتِلِ مَنْ لا يُكَافِئُهُ) مَعْطُوف على (الرَّقِيقِ)، ويحتمل أن يكون (قاتِلِ) مَرْفُوعًا على الابتداء، (وَمَنْ عُفِيَ عَنْهُ) مَعْطُوف عليه، والخبر يضرب

ويحبس، وكان الأحسن على هذا أن يقول: يضربان ويحبسان؛ لكنه أفرده باعتبار المذكور، أو حذف خبر (قاتل) لدلالة خبر (عُفِيَ عَنْهُ)، وعلى هذا مشاه بعض مَنْ تكلم على هذا الموضع، وهو أقرب لعدم لزوم التكرار؛ ولأنه كذلك في ابن شاس، والأول أقرب إلى لفظه، ولا سيما وقع في بعض النسخ: (وقتل) على المصدر.

فرع:

اختلف الصحابة ومن بعدهم في قبول توبة القاتل وعدم قبولها.

ابن عبد السلام: واستحسان مالك الكفَّارة في قتل العمد مُشْعر بأن القاتل عنده في المشيئة، وإن كان له ما يدل على خلاف ذلك على ما نقله ابن رشد أنه لا يُصلى خلفه وإن تاب.

(ص): **(وَمَنْ عُفِيَ عَنْهُ يُضْرَبُ مَائة ويُسْجَنُ سنَةً، وَإِنْ كَانَ امْرأَةً أو رَقِيقًا على الأشْهَرِ)**

(ش): لما فرغ من الموجب الثالث وهو الكفَّارة شرع في الموجب الرابع وهو التعزير، وأَمَّا الموجب الخامس وهو القيمة فإنما تجب في غير الحر، وقد تقدم ذلك، والأصل في ذلك ما رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: "أَنَّ رَجُلا قَتَلَ عَبْدَهُ مُتَعَمِّدًا، فَجَلَدَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِائَةَ جَلْدَةٍ، وَنَفَاهُ سَنَةً، وَمَحَى سَهْمَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، وَلَمْ يُقِدْهُ بِهِ، وَأَمَرَهُ أَنْ يُعْتِقَ رَقَبَةً"[1].

عبد الحق: في إسناده إسماعيل بن عياش وهو ضعيف في غر الشاميين، وهذا الإسناد حجازي، وأنكر غيره عليه هذه العِلَّة هنا، وجعل أهل المذهب هذا الحديث أصلا في قاتل النفس عمدًا إذا تعذر منه القصاص لوجه ما، وهذا الاستناد حجازي، ومقابل الأشهر لأصبغ، قال: لا يحبس العبد ولا المرأة ولكن يُجلدان، قال في "الجواهر": وعلى هذا التعزير: في كلِّ مَنْ قتل عمدًا ولم يقتل كَمْن قتل من لا يكافئه؛ كالمسلم يقتل الكافر وكالحر يقتل العبد، وفيمن عفي عنه في العمد. انتهى. لا فرق في العبد بين عبده وغيره، نص عليه ابن القاسم وغيره.

(ص): **(وَكَذَلِكَ مَنْ أُقْسِمَ عَلَيْهِم فَقُتِل أَحَدُهُمْ)**

(ش): أي: وكمن عفي عنه في الضرب والسجن، وظاهر قوله: (أُقْسِمَ عَلَيْهِم) أن

---

(١) أخرجه الدارقطني، برقم (٣٢٥٤) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

الأولياء يقسمون على الجميع ثم يقتلون واحدًا، وهذا خلاف المشهور، فإن المشهور أنهم يعينون أحدًا بالقسامة كما سيأتي.

ولو كان العفو قبل القسامة قبل أن يحقق الولي الدم كشف الحاكم عن ذلك، فما كان يحق فيه الدم بالقسامة أو بالبينة جلد مائة وحبس عامًا، وما لا يوجب ذلك لا يكون ضرب ولا سجن؛ لأنه حق لله تعالى فلا يسقطه الأولياء، ولو وجب للأولياء القسامة فنكلوا عنها فحلف المدعى عليهم وبرءوا، قال محمد: على المدعى عليه الجلد والسجن، ولم يخالف فيه إلا ابن عبد الحكم فإنه قال: إذا نكلوا فلا سجن ولا جلد، وجمهورهم على هذا الحكم في كلِّ مقتول ولو كان مجوسيًّا، وروى ابن حبيب عن مالك واختاره: إنما ذلك في المسلم عبدًا كان أو حُرًّا، وأما غير المسلم فإنه يجب به الأدب المؤلم، واختلف في الألطخ فأوجب أشهب فيه ضرب مائة وسجن سنة، وفي "الواضحة " عن مالك: إذا وقعت التهمة على أحد ولم يتحقق ما تجب به القسامة ولا قتل؛ فإن ذلك لا يجب به جلد ولا سَجن سنة، ولكن يطال سجنه السنين الكثيرة.

فرع:

وهل يبدأ بالجلد؟

قال أشهب: إن شاء بدأ بالجلد أو السجن، وظاهر قول ابن القاسم في "العتبية" الابتداء بالجلد لقوله: يؤتنف حبس سنة من يوم جلد، ولا يحتسب لما مَضَى، قال ابن القاسم: يكون أول عام الحبس من يوم الجلد، وحمل الباجي ذلك على الخلاف، عبد الملك: ويعتد ما دام اللاطخ الذي سجن فيه، فإذا لزمه جلد مائة ووجه عليه الحكم أُزيل عنه الحديد وسجن سنة.

(ص): (**القَسَامَةَ: سَبَبُهَا قَتْلُ الحُرَّ الْمُسْلِمِ فِي مَحَلِ اللَّوْثِ، فَلا قَسَامَةَ فِي الأطْرَافِ، ولا فِي الْجِرَاح، ولا فِي العَبِيدِ والكُفَّارِ**...)

(ش): وقال في "المشارق": القسامة طرح يد الأيمان بين الحالفين.

أشهب: القسامة سنة لا رأي لأحد، وكانت في الجاهلية فأقرها عليه الصلاة والسلام، والأصل فيه: ما رواه مالك، ومسلم، والترمذي وصححه أن عبد الله بن سهل ومحيصة خَرَجَا إلى خيبر من جهد أصابهم، فأتى محيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل، قد قتل وطرح في قفير بئر أو عين، فأتى يهودي، فقال: والله أنتم قتلتموه، فقالوا: والله ما قتلناه، فأقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك، ثم قدم هو وأخوه حُوَيِّصَة وهو

أكبر منه وعبد الرحمن، فذهب محيصة ليتكلم وهو الذي كان بخيبر، فقال له رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "كَبِّرْ كَبِّرْ" يُرِيدُ السِّنَّ، فَتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ، ثُمَّ تَكَلَّمَ مُحَيِّصَةُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِمَّا أَنْ تُودوا صَاحِبَكُمْ، وَإِمَّا أَنْ يُؤْذِنُوا بِحَرْبٍ"، فَكَتَبَ إليهم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ذلك، فَكَتَبُوا إِنَّا وَاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِحُوَيِّصَةَ وَمُحَيِّصَةَ، وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ: "أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟"، فقالوا: لا، فقَالَ: "تَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ"، قَالُوا: لَيْسُوا بمُسْلِمِين، لَيْسُوا مُسْلِمِينَ، فَوَدَاهُ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ عِنْدِهِ، فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ مِائَةَ نَاقَةٍ. هذا لفظ " الموطأ". وفي رواية: "أيقسم خَمْسُونَ مِنْكُمْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ فَيُدْفَعُ بِرُمَّتِهِ؟"[١] فقالوا: أَمْرٌ لَمْ نَشْهَدْهُ كَيْفَ نَحْلِفُ؟!

وقوله: (سَبَبُهَا) جعل السبب مُرَكبًا من أربعة أجزاء، فاحترز بالقتل من الجراح، وبالحُرِّ من العبد، وبالمسلم من الكافر، وبمحل الموت مِمَّا لو قتل لا في محله، واشترط هذه الأجزاء؛ لأن الحديث إنما ورد فيها.

(ص): (**وَاللَّوْث ما يَدُلُّ عَلَى قَتْلِ الْقَاتِلِ بِأَمْرٍ بَيِّنٍ مَا لَمْ يَكُن الإِقْرَارُ، أَوْ كَمَالُ البَيِّنَةِ فِيهِ أَوْ فِي نَفْيِهِ...**)

(ش): لما ذكر أن القسامة تكون في محل اللوث أخذ يبينه، وحاصله: أن اللَّوث أمر ينشأ عنه غلبة الظن بصدق المدعي، ولما كان ما يدل على ثبوت الشيء إقرار المدعى عليه، وقيام البينة عليه وهما أبين الدلالات، احتاج إلى استثنائهما، فإن كل واحد منهما مستقل في إثبات الحكم بدون القسامة.

وقوله: (كَمَالُ البَيِّنَةِ) أي: في العدد والعدالة.

وقوله: (أو في نَفيه)، فيعني أن تكون البينة بنفي ما دل عليه اللوث، كما لو شهد شاهدان بأن زيدًا قتل عمرًا، وقال عند موته: قتلني بكرًا، واعترض بأن البينة إذا قامت بخلاف ما دل عليه اللوث لم يكن دلالة اللوث بينة، إلا أن يقال: إن القسامة لما خرجت عن الأصل قد يتهم فيها أن المعارض لا يعتبر.

(ص): (**كَقَول الْمَقْتُول بالِغًا حُرًّا مُسْلِمًا - عَدْلا أو مَسْخُوطًا، رَجلا أَوْ امرَأَةً - قَتَلَنِي فلانٌ - البَالِغ أو الصَّغيرُ حُرًّا أَوْ عَبْدًا مُسْلِمًا أو ذِمِّيًا ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى وَرِعًا أَوْ**

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١٦٣٠).

وقد أخرجه البخاري، برقم (٧١٩٢) ومسلم، برقم (١٦٧١).

مَسْخُوطًا - عَمْدًا...)

(ش): هذا شروع من المصنف في بيان أمثلته، وهي أربعة:

الأول: قول المقتول: دمي عند فلان بشرط أن يكون بالغًا حُرًّا مسلمًا، فاحترز بالبالغ من الصبي، والمشهور أن المراهق كالصبي، واحترز بالحر من العبد ونص المذهب نفي القسامة فيه، وإن أقام سيده شاهدًا واحدًا حلف يمينًا واحدة واستحق قيمته.

أشهب: ويُجلد مائة ويُحبس سنة، وإن قال دمي عند فلان، حلف المدعى عليه خمسين يمينًا وبرئ، وإن نكل حلف السيد يمينًا واحدة واستحق القيمة مع الضرب مائة والسجن سنة، وقال ابن القاسم: يحلف المدعى عليه يمينًا واحدة ولا قيمة عليه ولا ضرب ولا سجن، فإن نكل ضرب وسجن وغرم القيمة، وروى أشهب عن مالك مثل قوله إلا أن مالكًا، قال: إذا حلف المدعى عليه الأيمان لم يضرب ولم يسجن.

وقال أصبغ: يحلف المدعى عليه خمسين يمينًا فإن حلف برئ، وإن نكل لم يلزمه شيء ولا قيمة ولا ضربًا ولا سجنًا؛ إلا أن يسجن استبراء، ولابن الماجشون قولان:

أحدهما: كقول أصبغ هذا إلا أنه قال: ويضرب أدبًا ولا يضرب مائة، ويسجن سنة إلا من يملك سفك دمه بقسامة أو غيرها.

والقول الثاني: أنه يضرب مائة ويسجن سنة في قتل المسلم حُرًّا كان أو عبدًا، واحترز بالمسلم من الكافر، وحكى ابن زرقون إذا قال المدعي: دمي عند فلان المسلم أو أقام أولا شاهدًا، أربعة أقوال:

ابن القاسم: يحلفون يمينًا واحدة ويستحقون الدية، وقال مالك وأشهب وابن عبد الحكم: يحلف المدعى علي خمسين يمينًا ويبرأ، وفي "الْموازية" لابن القاسم: إن لم يكن إلا قوله: دمي فلا قسامة، وإن قام لولاية شاهد بالقتل حلف ولاته يمينًا، وأخذ الدية، وضرب مائة، وسُجِن عامًا، وعن المغيرة أن ولاته يقسمون خمسين يمينًا ويستحقون ديته، ولو شهد شاهدان على الجرح فبرئ فمات، فإن ولاته يحلفون يمينًا واحدة ويستحقون ديته، فإن نكل وليه لم يكن له إلا عقل الجرح إن كان مِمَّا فيه عقل، ورواه أصبغ عن ابن القاسم في "الواضحة " وذكر أنه قول مالك، ولم يوافق المالكية على التدمية إلا الليث، وروى الجمهور أن قبولها يشتمل على قبول المدعي من غير بينة، وقد علم أن الدماء عظيمة أعظم من الأموال، وهو لو قال عند موته: لي عند فلان

كذا لم يقبل، وفي الصحيحين من حديث ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام: "لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى النَّاس دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُم، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ"(١) ورأى علماؤنا أن هذه الدعوى لا تشابه دعوى المال ولا غيره؛ لأن هذا أصل قائم بنفسه، ومن تحقق مصيره إلى الآخرة وأشرف على الموت فلا يتهم في إراقة دم مسلم ظلمًا، وغلبة الظن في هذا تتنزل منزلة غلبة الظن في الشاهد، وكيف لا والغالب من أحوال الناس عند الموت التوبة والاستغفار والندم على التفريط ورد المظالم، فكيف يتزود من دنياه بقتل النفس، هذا خلاف الظاهر وغير المعتاد، واحتجَّ علماؤنا أيضًا ببقرة بني إسرائيل، واعترض عليهم بأن ذلك شرع من قبلنا، أو بأنها معجزة لموسى صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، وقتيل بني إسرائيل لم يقسم عليه أحد بيمين واحدة ولا خمسين، وأجيب بأن المختار أن شريعة من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ، وعن الثاني أن المعجزة إنما هي في إحيائه لا في قبول قول، ولم يحتج في قصة بني إسرائيل لليمين لتيقن الصدق وفيه بحث لا يخفى.

وقوله: (حُرًّا أو عَبْدًا) يعني: أَنَّه لا فرق في المدعى عليه بين أن يكون حُرًّا، أو عبدًا صبيًا، أو بالغًا رجلا أو امرأة عدلا أو مسخوطًا، وهذا هو المشهور، ولو كان المدعى عليه القتل أَوْرَع مَنْ في زمانه قاله في "الْمُدَوَّنَة"، وقال ابن عبد الحكم: لا يقبل قول المسخوط على العدل لبُعْد دَعْواه، وظاهر المذهب قول تدمية المرأة على زوجها، وقال ابن مزين لا يقبل قولها على زوجها؛ لأنه أذن له في ضربها، وقد يتصل الموت، وظاهر قول المصنف قتلني، أنه لا فرق بين أن يكون فيه جرح أو لا، قيل وهو ظاهر "الْمُدَوَّنَة" ورواه ابن وهب عن مالك وقاله أصبغ، وعن ابن القاسم: لا تقبل إلا مع الجرح، المتيطي: وبقول ابن القاسم العمل والحكم، زاد صاحب " البيان " ثالثًا بالقبول في الشاهد دون التدمية بقوله: وعلى قبول قوله فلا يسجن المدعى عليه ما دام المدعي حيًّا؛ لأنَّه يتهم أن يكون أراد سجنه بدعواه بخلاف ما إذا ادَّعى ذلك بجرح ظاهر، وهل يثبت قول المدعي بشاهد واحد؟ في ذلك قولان، والأصح عدم القبول.

(ص): (**وَكَذلِكَ خَطَأً عَلَى الْمَشْهُورِ**)

(ش): أي: وكذلك يقسم الأولياء إذا قال: قَتَلَنِي فلان خطأً، وطردًا للقاعدة،

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٤٥٥٢) ومسلم، برقم (١٧١٣).

والشاذ أيضًا مَرْوي عن مالك؛ لأنها دعوى في مال.

(ص): (فَلَوْ قَالَ الوَرَثَةُ خِلافَ قَوْلِ الميّتِ فَلا قَسَامَةَ)

(ش): إذا قال الميت قتلني فلان عَمْدًا، وقال الورثة بل خطأً أو العكس فلا قسامة؛ لأنه إذا ادَّعى العَمْد فقد أبرأ العاقلة وهم قد أبرءوا القاتل.

(ص): (وَفِي قَبُول رُجُوعِهِمْ إِلَيْهِ قَوْلانِ)

(ش): الصحيح عدم القبول؛ لأنهم أكذبوا أنفسهم، وقد تعلق لخصمهم الحق بقولهم أولا وهو قول أشهب، والقول الآخر لابن القاسم في "المجموعة " لقوله: إذا ادَّعوا خلافه فليس لهم أن يقسموا إلا على قوله.

(ص): (فَلَوْ قَالَ: قَتَلَنِي ولَمْ يُبَيِّنْ فَلِلأَوْلِيَاءِ تَبْيِينُهُ)

(ش): أي: من عَمْدٍ أَوْ خطأ ويقسمون عليه، فإن أقسموا على العمد قتلوا، وإن أقسموا على الخطأ أخذوا الدية وهذا مذهب "الْمُدَوَّنَة"، ابن عبد السلام: وهذا هو المشهور: ووقف ابن القاسم في "الْموازية" في العمد، وقال: أحب إليَّ ألا يقسموا إلا على الخطأ، وقال في موضع آخر يكشف عن حاله، وعن جراحاته، وعن موضعه، وعن حال القاتل، وعن الحال التي كانت بينهما من العداوة وغيرها فيستدل بذلك حتى يظهر سبب يقسمون عليه حينئذٍ ويقتلون، فإن لم يظهر من ذلك عمد ولا خطأ لم يقبل قول الأولياء في عمدٍ ولا خطأ كقول المقتول؛ لأن السنة إنما جاءت في قول المقتول، واسحسنه اللخمي على أن في عد هذا، والذي قبله خلاف نظر، ولهذا نقل ابن راشد فيها الاتفاق على ما ذكره المصنف.

(ص): (فَإِنْ اخْتَلَفُوا فِيهِمَا حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى مَا ادَّعَى وَوَجَبَتْ دِيَةُ الْخَطأِ لِلْجَمِيعِ)

(ش): أي: إذا مات ولم يبين واختلف الورثة، فقال بعضهم: عَمْدًا، وقال بعضهم: خطأً، ففي "الْمُدَوَّنَة": إن حلفوا كلهم استحقوا دية الخطأ بينهم أجمعون ولا سبيل إلى القتل، وقال أشهب في "الْمَوَّازِيَّة": بل لِمَنْ أقسم على الخطأ نصيبهم مِنَ الدية على العاقلة، ولمن أقسم على العمد نصيبه من القاتل.

اللخمي: وهو أحسن، ولا شيء لمدعي العمل على العاقلة، وينبغي أن يكون نصيبهم من الدية على العاقلة بمنزلة ما لو قال بعضهم خطأً ونكل بعضهم، قيل له فإن رجع الذين قالوا عَمْدًا إلى دية الخطأ، قال مالك: ذلك لهم، وأباه أشهب.

ابن رشد: والقياس أن يبطل الدم ولا قسامة؛ لأن العاقلة تنازع مدعي الخطأ بأن الميت لم يقله، والقاتل ينازع مدعي الدم؛ لأن الميت أيضًا لم يقله.

اللخمي: وهذا إذا استوت منازلهم فكانوا بنين أو إخوة أو أعمامًا، واختلف إذا اختلفت منزلتهم، ففي "الْمَوَّازِيَّة": إذا اختلفت ابنة وعصبة، فقال: عصبته عَمْدًا أو ابنته خطأ، أن دمه هدر ولا قسامة ولا قود ولا دية؛ لأَنَّهُ إِنْ كَانَ عَمْدًا فَذَلِكَ لِلْعَصَبَةِ، وَلَمْ يُثْبِتْ لَهُمْ ذَلِكَ الْمَيّت، وَإِنْ كَانَ خَطَأً ففيه الدية وَلَم يَثْبت أنه خطأ، ويقسم المدعى عليه مَا قَتَلَهُ عَمْدًا أو يُحْرَزُ دَمُهُ، قال محمد: إِنْ ادَّعَى الْعَصَبَة كلهم أنه عمد فلينظر إلى قول ورثته من النساء؛ لأنه لا عفو للنساء مع الرجال، وإن قال العصبة كلهم خطأ، وقال النساء عمْدًا أقسم العصبة خمسين يمينًا وكان لهم نصيبهم من الدية انتهى.

(ص): **(فَلَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ: عَمْدًا، وَالبَاقُون: لا نَعْلَمُ بِقَتْلِهِ، أَوْ نَكَلوا - فَلا قَسَامَة، بِخلافِ مَا لَوْ قَالَ بَعْضُهُم: خَطَأً - حَلَفُوا وَأَخَذُوا أَنْصِبَاءَهُمْ مِنَ الدِّيَةِ -)**

إذا قال بعضهم قتله عمدًا، وقال بعضهم: لا نعلم حال القتل من عمد أو خطأ، أَوْ قال جميعهم عَمْدًا ونكلوا أو بعضهم فلا قسامة ويبطل الدم وهذا مذهب "الْمُدَوَّنَة"، وفي "العتبية" لابن القاسم أن لِمَن قال عَمْدًا أن يحلفوه ويستحقوا نصيبهم من الدية، وجعل ذلك بمنزلة عفو بعضهم بعد ثبوت الدم واختاره اللخمي.

قوله: (بخلاف... إلخ) أي: قال بعضهم خطأً ونكل الباقون أو قالوا لا علم لنا، وحذف ذلك لدلالة ما قبله، حلفوا أي مدعو الخطأ وأخذوا نصيبهم من الدية، ولا شيء للنَّاكلين أو غير العالمين؛ لأنَّ دَعْوَى الخطأ مال، فلا يبطل حق بعضهم بنكول بعض، وقال الأبهري: القياس ألا يمكنوا من الحلف ويلزموا لو غاب بعض الورثة في قتل الخطأ، فإن المذهب أن من حضر يحلف خمسينَ يمينًا ويأخذ نصيبه من الدية ولو كان زوجًا.

(ص): **(فَإِنْ نَكَل مَدَّعُو الْخَطَإِ فَلا قَسَامَة لِمُدَّعِي الْعَمْدِ وَلا دِيَة)**

(ش): يعني: إذا قال المقتول قتلني فلان ولم يبين، فقال بعضهم عمدًا وبعضهم خطأً، ثم نكل مدعو الخطأ فلا قسامة لمدعي العمد ولا دية؛ لأن الدية إِنَّما وجبت لهم إذا حلف مدعو الخطأ بالتبعية؛ لأَنَّهم إنما يدَّعون الدم، ابن عبد السلام: وهذا يظهر على مذهب ابن القاسم فيما إذا لم ينكلوا؛ لأنه غلب هناك دية الخطأ، وأَمَّا على قول أشهب إن نكل واحد من المدَّعين يأخذ نصيبه على ما ادَّعاه من عمدٍ أو خطأ بلا تَبعية

فينبغي أن يقسم مدعو الدم ويأخذوا نصيبهم من الدية.

(ص): (**وَفِي قَتْلِ الأبِ بِالقَسَامَةِ - إنْ قَالَ: أَضْجَعَنِي وَذَبَحَنِي أَوْ بَقَرَ بَطْنِي - قَوْلانِ لابْنِ القاسِمِ وَأَشْهَب، وَإِلا فَالدِّيَةُ...**)

(ش): يعني: إن قال الابن قتلني أي على صفة يجب معها القصاص، فقال ابن القاسم: يفسخ أولياؤه ويقتلون الأب، وقال أشهب: لا قسامة هنا، والأول أحسن لو ذكر هذا فرعًا على قول ابن القاسم، فيقال وكذلك لو قال الابن أَضْجَعَنِي أَبِي وَذَبحني، ولا يتعرض لمذهب أشهب؛ لأن المصنف قد تقدم عنه أن الأب لا يقتل بابنه بحال ولو مع الإقرار.

وقوله: (وَإِلا فالدِّيَةُ) أي: وإن لم يصف الابن القتل بالصفة التي تُوجب القتل فلا يقتل الأب، وهذا أعم من أن يقول قتلني خطأً أو عمدًا، ولا يذكر الصفة ولا يذكر الصفة (وأل) في الدية للعهد، فتجب دية الخطأ في دعوى الخطأ، ودية العَمْد الْمُغَلَّظة في دعواه العمد، وهكذا نص عليه ابن القاسم.

(ص): (**وَكَثُبُوتِ الْجِرَاحِ أَو الضَّرْبِ أَو القَطْعِ مُطْلَقًا، والإِقْرَارِ بِذَلِكَ عَمْدًا بِشَاهِدَيْنِ أَوْ بِشَاهِدٍ ثُمَّ يَمُوتُ بَعْدَ أَيَّامٍ، وَلَو أَكَلَ وَشَرِبَ يُقْسِمُ: لَمَنْ ضَربه مات...**)

(ش): هذا هو المثال الثاني للوث، فإذا ثبت الجرح أو الضرب أو القطع بشاهدين كان ذلك عَمْدًا أو خطأً، وهو مراده بالإطلاق فلأوليائه أن يقسموا ويقتلوا في العمد ويأخذوا مال الدية في الخطأ، ولهم أن يدعوا القسامة ويقتصوا من الجراح في العمد ويأخذوا ديته في الخطأ.

وقوله: (والإقرَارِ) أي: إقرار المقتول بأن يقول جرحني عمدًا.

وقوله: (بِشَاهَدين) راجع إلى الجميع؛ أي: إلى الجرح والضرب والإقرار بذلك عمدًا ويحتمل أن يكون قوله: (بِشَاهِدٍ أَو بِشَاهِدَيْنِ) راجعًا إلى الإقرار به فقط، ويرجح هذا أن الثبوت لا يُسْتَعمل إلا غالبًا إلا مع شاهدين، ويرجح الأول أنه لو حمل على هذا لزم مخالفة المشهور؛ لأن مذهب "الْمُدَوَّنَة" أن الضرب إذا شهد به شاهد يقسم معه، قال فيها: وإن شهد شاهد أنه ضربه وعاش الرجل وتكلم وأكل وشرب ولم يسألوه أين دمك حتى مات ففيه القسامة، وقال ابن الماجشون وابن القاسم في رواية يحيى: لا تجب القسامة بالشاهد الواحد، وما ذكره المصنف من قبول الشاهد على إقرار المقتول عَمْدًا نص عليه أشهب، ونقل عن ابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة" و"الْموازية" أنه

لا يقسم مع شاهد على قول الميت.

وقوله: (وَلَوْ أَكَلَ وَشَرِبَ) مبالغة؛ أي: ولو أكل وشرب لِمن ضربه مات، وهو ظاهر في الشاهدين، وأمَّا الشاهد الواحد فلا بُدَّ أَنْ يحلفوا يمينًا واحدةً ليثبت الضرب ويقسمون خمسين يمينًا، لكن هل تفرد اليمين أو لا؟ ومجمع يمينين من الخمسين قد يجري على الحقوق المالية في الاستحقاق بشاهد واحد، هل يجمع بين فصل يصحح شهادة الشاهد وفصل الاستحقاق، أو يحلف لكل واحدة يمينًا مستقلة؟ فانظر.

(ص): (**وَالإِقْرَارُ بِذَلِكَ أَوْ بِقَتْلِهِ خَطَأً بِشَاهِدَيْنِ**)

(ش): يعني: وللأولياء أيضًا القسامة إذا أَقرَّ بالقتل خطَأً بشاهدين، وحاصله أن الإقرار في الخطأ مخالف للإقرار في العمد؛ لأنه قدم أن الإقرار في العمد يطلب بشاهد، فإن قيل: فَمَا الفرق؟ قيل: لأن قول الميت في الخطأ يجري عندهم مَجْرَى الشاهدة؛ لأنه شاهد على العاقلة، والشاهد لا ينقل عنه إلا اثنان بخلافِ العَمْدِ، فإن المقتول إنما يطلب بثبوت الحكم لنفسه وهو القصاص، فإن قيل: فلِمَ لَم يحمل الإقرار بذلك على إقرار القاتل؟

قيل: لأنه لو حمل على ذلك لزم التكرار في كلامه؛ لأنه سيقول، ولو شهد على إقراره بذلك شاهد واحد كان كالمقتول، والله أعلم.

(ص): (**وَفِيهَا فِي العَدْلَين يَخْتَلِفَانِ فِي صِفَةَ القَتْلِ: كُلُّ ذَلِكَ لا يُقْسَمُ عَلَيْهِ، وقيل: يُقْسِمُ عَلَى أَحَدِهِمَا...**)

(ش): كما لو شهد أحدهما أنه قتله بالسيف والآخر بالحجر، فلا يقسم على شهادة هذا أو شهادة هذا لتعارض الشهادتين فتسقطان ولا يبقى إلا مُجَرَّد الدَّعْوى، وهذه المسألة نص عليها في "الْمُدَوَّنَة" في الديات وفي (كتاب القذف)، ففي القذف وإن شهد عليه رجل أنه ذبح فلانًا، والثاني أنه أقر عندي أنه حرقه بالنار فالشهادة باطلة، والقول الثاني لسحنون، هذا إذا ادَّعى شهادتهما جميعًا، وأما إن ادَّعى شهادة أحدهما أولا ففيه القسامة.

فقوله: (يُقْسِمُ على أحدِهما) مقيد بأن يقوم أحدهما أولا، والشيخ أبو محمد صالح: وليس له أن يدعى أحدهما بعد ما ادعاهما، وهو ظاهر؛ لأن تركهم القيام بإحدى الشهادتين يصير الأخرى كالعدم.

ابن عبد السلام: اختلف قول سحنون في الشاهد يجرح شاهدان بأمرين مختلفين

كالزنى وشرب الخمر، هل تجمع عليه الشهادتان ويحكم بجرحته أم لا؟ ولا يبعد هنا مثل ذلك إذا ترك الأولياء خصوص الوصفين اللذين يشهد بهما الشاهدان وطلب القصاص بالسيف.

(ص): (**وَكالعَدْلِ فِي مُعَايَنَةِ القَتْلِ لا غَيْرِ العَدْلِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَكَذَلِكَ إِقْرَارُهُ عَمْدًا، وَقِيْلَ: والنَّفَرُ غَيْرُ جَائِزٍ فِي الشَّهَادَةِ والنِّسَاءُ والصِّبْيَانُ، وَقِيْلَ: والوَاحدُ غَيْرُ العَدْلِ، وَقِيْلَ: والْمَرْأَتَانِ، وَقِيلَ: والْمَرْأَةُ**)

(**ش**): هذا المثال الثالث من أمثلة اللوث، والمشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة" أَنَّ غير العدل ليس بلوث.

وقوله: (وَكَذَلِك إقرارُهُ عَمْدًا) يعني: وكذلك لو قام شاهد واحد على إقرار القاتل، فإنه لوث إن كان عدلا، وإن لم يكن عدلا فليس بلوث، هذا مقتضى التشبيه، ولا خلاف أن الشاهد على القتل لوث، إذا لم يكن القاتل قتل غيلة، واختلف في الغيلة، فروى ابن القاسم: لا يقسم مع شهادته، ولا يقتل في هذين إلا بشاهدين.

أبو محمد: ورأيت ليحيى بن عمر أنه يقسم معه، واختلف في شهادة الواحد على إقراره، فقال ابن القاسم في "الْموازية" لا يكون الشاهدان على إقراره، وقال أشهب: يقسم الولاة مع الشاهد.

وقوله: (وَقِيْلَ... إلخ) تصوره ظاهر.

(ص): (**وَكَالْعَدْلِ يَرى الْمَقْتُولَ يَتَشَحَّطُ فِي دَمِهِ، وَالْمُتَّهَم بِقُرْبه عَلَيْهِ آثَارُ القَتْلِ**)

(**ش**): هذا المثال الرَّابع مِنْ أمثلة اللوث، ويكون في المتهم الرفع على الابتداء، والنصب بالعطف على المقتول من التلطيخ بالدم وشبهه، وحكى ابن سهل أَنَّ العمل جَرَى عندهم بأن هذا ليس بلوث، واشتراط المصنف هنا العدالة ظاهر ولم أر من صرَّح بذلك، واختلف في القتيل يوجد بين الصفين وفيمن وجد في محلة قوم أو مسجدهم وسيأتي الكلام عليهما، وليس موت الرجل عِنْدنا في المزاحمة لوثًا يوجب القسامة بل هدر، خلافًا للشافعي في قولِهِ: بل تجب فيه القسامة وتجب الدية.

(ص): (**وَفِي العَدْلِ بالجُرْحِ أَو الضَّرْبِ أَوْ بُمعَايَنَةِ القَتْلِ دُونَ ثُبُوتِ الْمَوْتِ للقَتِيلِ قَوْلانِ**)

(**ش**): أي: في كون العدل يشهد بالجرح أو الضرب أو بمعاينة القتل دون ثبوت الموت بالقتيل قولان، والقول بنفي القسامة لمحمد، وقال أصبغ: يَنْبَغِي أَلا يعجل

السلطان فيه بالقسامة حتى يكشف فلعل سببًا أثبت من هذا، فإذا بولغ في الاستيناء قضى بالقسامة مع الشاهد بِمَوْتِه، وتعتد زوجته وأم ولده، الباجي: بعد القولين، وقد قيل: يقتل قاتله بالقسامة ولا يحكم بالتوريث في زوجته ورفيقه وهو ضعيف، ابن عبد السلام: والأصح أنه لا بُدَّ من ثبوت الموت؛ لاحتمال بقائه حيًا.

(ص): (**وَأَمَّا العَبْدُ والصَّبِيُّ والذِّمِّيُّ فَلَيْسَ بِلَوْثٍ**)

(ش): نقل ابن المواز اتِّفاق مالك وأصحابه على ذلك، ونقل عبد الوهاب أن من أصحابنا مَنْ يجعل شهادة العبيد والصبيان لوثًا، فإن كان مراده الجميع فترجع إلى القول الذي قدَّمه المصنف بقوله: والنفر غير جائز في الشهادة، وإن كان مراده الأفراد فيكون خلافًا لكلام المصنف، ولهذا الاحتمال لم يذكر الشيخ خلافًا ولا وفاقًا.

(ص): (**وَإِذَا انْفَرَدَ اللَّوْثُ فَلا بُدَّ مِنَ القَسَامَةِ كَمَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ عَلَى الْمَوْتِ، وَقَالَ الْمَقْتُولُ: قَتَلَنِي فُلانٌ...**)

(ش): هكذا في "الْمُدَوَّنَة" ولا يعلم فيه خِلافًا، ونبَّه المصنف بذلك على أن قول من يقول من أهل المذهب أن الموت كالشاهد ليس على حقيقته، فلذلك لا يليق ويحكم بالقتل دون قسامة.

(ص): (**وَإِذَا انْفَصَلَتْ قَبِيلَتَانِ عَنْ قَتْلَى لا يُدْرَى القَاتِلُ، فَرُوِيَ: العَقْلُ عَلَى كُلِّ فِرْقَةٍ لِلمُصَابِ فِي الأُخْرَى، فَإِنْ لَمْ يَكُن مِنْهُمَا فَالعَقْلُ عَلَيْهِمَا، وَرُوِيَ: القَسَامَةُ، وَرَجَعَ ابْنُ القَاسِمِ إِلَى قَوْلِ مَالِكٍ فِيهِمْ: لا قَسَامَةَ وَلا قَوَدَ؛ يَعْنِي: بِمُجَرَّدِهِ، وَأَمَّا لَو ثَبَتَ لَوْثٌ فَالقَسَامَةُ...**)

(ش): الرواية الأولى مذهبه في "الموطأ " وعليها جماعة خارج المذهب وهي أظهر؛ لأن الغالب إن كان من طائفة منهما أن القاتل له من غير طائفته، وإن كان من غيرهما فيحتمل أن تقتله الطائفتان أو إحداهم ولا ترجيح، وعلى كلِّ تقدير فتكون ديته عليهما؛ لأنهما قد تظافرتا عليه.

وقوله: (عَلَى كُلِّ فِرْقَةٍ) أي: في أموالهم قاله مالك ومحمد، وهي مقيدة بما إذا لم يعرف القاتل بعينه، وأما إن عرف فيقتص منه، قاله مالك في "الْمَوَّازِيَّة".

والرواية الثانية في "الجلاب".

والرواية الثالثة التي رجع إليها ابن القاسم هي قوله في "الْمُدَوَّنَة" وغيرها، واختلف في فهمها ففسرها ابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة" و"المجموعة " بما قاله المصنف، يعني:

بمجرده، فقال: إِنَّما معنى قول مالك لا قسامة فيمن قتل بين الصفين إذا لم يدع الميت دمه عند أحد ولا قام بذلك شاهد، وأما إن ادَّعى أو شهد شاهد فالقسامة، وهو قول أشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ.

أشهب: لأن كونه بين الصفين لم يزد دعواه إلا قوة، وقيل: هي محمولة على ظاهرها من نفي القسامة، ولو ادعى أو شهد له شاهد وهو مروي أيضًا عن ابن القاسم وخَطَّأه ابن المواز؛ لأن المدعي قوله: ولا شاهد يقتضي ذلك ولو كان من غير الطائفتين، وتأَوَّله صاحب " البيان " بتأويل لكنه لم يجزم به، بل قال: يحتمل أن يريد إذا كان الشاهد من طائفة المدعي وإلا فبعيد أن تنتفي القسامة مع شاهدين من غير الطائفتين، وقيل: معناها لا قسامة في التدمية لما يقسم من العداوة بخلاف الشاهد، وهذا كله إذا كان القتال بين الصفين بنائرة أو عصبية من غير تأويل كانتا باغيتين، ولم تكن إحداهما زاحفة والأخرى دافعة، فأما إن كانت إحداهما زاحفة والأخرى دافعة، فدم الزاحفة هدر ودم الأخرى قصاص، وإن كانت إحداهما باغية والأخرى متأولة، وقتل من الباغية فهو هدر ودم المتأولة قصاص، وإن كانتا متأولتين فدمهما هدر ولا قود ولا دية قاله ابن القاسم، وروي عن مالك معناه، وذهب أصبغ إلى أنه يقتصر منه مُطْلقًا سواء تاب أو أخذ قبل أن يتوب.

(ص): **(وَلَوْ شَهِدَت البَيّنَةُ أَنَّهُ قَتَلَ ودَخَلَ فِي جَمَاعَةٍ فَقِيل: يُسْتَحْلَفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسِينَ يَمِينًا وَيَغْرمُونَ الدية بلا قَسَامَةٍ، وَقِيلَ: لا شَيْءَ عَلَيْهِمْ...)**

(ش): الأول لابن القاسم: إن نكل بعضهم كانت الدية عليها فقط، وفيه نظر؛ لأن يمين الحالف أنقض عنه الغرم إذا حلف بعضهم، ولم تسقط عنه إذا حلف جميعهم، والقول الثاني لسحنون وهو أقرب.

(ص): **(وَلَوْ وُجِدَ القَتِيلُ فِي قَرْيَةِ قَوْمٍ أَوْ دَارِهِمْ فَلَيْسَ بِمُجَرَّدِهِ لَوْثًا)**

(ش): علله مالك في "المجموعة " بأنه لو أخذ بذلك لم يشأ رجل أن يلطخ قومًا بذلك إلا فعل؛ لأن الغالب أن من قتله لا يترك بموضع هو به، واختار بعض شيوخنا أن يكون لوثًا في قتل حويصة ومحيصة، وهي وجود مسلم ببلد الكفار، وأنه لا ينبغي أن يختلف في ذلك.

(ص): **(وَالقَسَامَةُ: أَنْ يَحْلِفُ الوَارِثُون المُكَلَّفُونَ فِي الْخَطَأ وَاحِدًا كَانَ أَو جَمَاعَةً ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى خَمْسِينَ يَمِينًا مُتَوَالِيَةً عَلَى البَتِّ وَلَو كَانَ أَعْمَى أَوْ غَائبًا)**

(ش): لما انقضى كلامه على سبب القسامة أتبعه بتفسيرها، وبدأ بالخطأ إِمَّا لأنه أعم إذ يحلف فيه الرجال والنساء، وإِمَّا لأنَّه الموافق للأصل إذ لا يحلف فيه إلا المستحق.

وقوله: (الْوَارِثُونَ الْمُكَلَّفُون) أي: كل وارث مكلف دل على ذلك قوله: (وَاحِدًا كانَ أو جَمَاعَةً)، واشترط المصنف التوالي كابن شاس؛ لأنه أرهب.

وقوله: (عَلَى البَتِّ وَلَوْ كَانَ أَعْمَى) نحوه في "الْمُدَوَّنَة" والعمى لا يمنع مِنْ تحصيل أسباب العلم مع عشيرة في صاحبه.

(ص): **(وتُوَزَّعُ الأيْمَانُ عَلَى الْمِيرَاثِ، وَيُجْبَرُ كَسْرُ اليَمينِ عَلَى ذِي الأَكْثَرِ مِنَ الكَسْرِ، وقِيلَ: عَلَى الْجَميعِ كَمَا لَوْ تَسَاوَى الكَسْرُ عليْهِمْ)**

(ش): أَمَّا توزيع الأيمان على الميراث فظاهر؛ لأنه سبب لحصوله، فإن انكسرت يمين فإما أن يتساوى الكسر أو يختلف، فإن تساوى حلف واحد يمينان.

ابن الجلاب: ويحتمل أن يحلف واحد فقط، وحكى ابن أبي زمنين قولان بالتساوي بالقرعة، كثلاث بنين فيحلف كل واحد منهم سبع عشرة يمينًا، وأشار بقوله: كَمَا لو تساوى المكسر، وإن اختلف فالمشهور أنه يحلفها أكثرهم نصيبًا من اليمين المنكسرة، فإذا كان ابن وبنت حلف الابن ثلاثًا وثلاثين، وحلفت البنت سبعة عشرة؛ لأن لها نصيبًا من اليمين المنكسرة ثلثها، وقيل: يحلف كل واحد بالتساوي، وفي "المقدمات " ثالث: يحلف صاحب الأكثر من الابنين فيحلفها الأب في المثال المفروض.

(ص): **(ثُمَّ مَنْ نَكَلَ أَوْ غَابَ فلا يَأْخُذُ غَيْرَهُمَا حَتَّى يَحْلِفَ خَمْسِينَ يَمِينًا ثُمَّ مَنْ حضَرَ حلَفَ حِصَّتَهُ...)**

(ش): لأن الدية لا تلزم العاقلة إلا بعد ثبوت الدم، فإذا حضر الغائب حلف حصته فقط، وحكى في "المقدمات " إذا نكل مدعوا الخطأ أو بعضهم خمسة أقوال:

الأول: أن الأيمان ترد على العاقلة، فيحلفون كلهم لو كانوا عشرة آلاف والقاتل أجل منهم، فمن حلف لم يلزمه شيء، ومن نكل لزمه ما يجب عليه، وهو أحد قولي ابن القاسم، وهذا أبين الأقاويل وأصحها في النظر.

والثاني: أنه يحلف من العاقلة خمسون رجلا يمينًا واحدة، فإن حلفوا برءوا وبرئت العاقلة من جميع الدم، وإن حلف بعضهم برئ من حلف منهم، ولزم من بقية

العاقلة الدية كاملة، حتى يتموا خمسين يمينًا وهذا قول ابن القاسم.

والثالث: أنهم إن نكلوا فلا حقَّ لهم، وإن نكل بعضهم فلا حق لمن نكل ولا يمين على العاقلة؛ لأن الدية لم تجب عليهم بعد وإنما تجب عليهم بالفرض، قاله ابن الماجشون.

والرابع: أن اليمين ترجع على المدعى عليه وحده، فإن حلف برئ، وإن نكل لم يلزم العاقلة بنكوله شيء؛ لأن العاقلة لا تحمل الإقرار، والنكول كالإقرار، وإنما هو بنكوله شاهد على العاقلة، رواه ابن وهب عن مالك.

والخامس: أن الأيمان ترد على العاقلة، فإن حلفت برئت، وإن نكلت عن اليمين غرمت نصف الدية، قاله ربيعة، وهو على ما روي عن عمر رضي الله عنه في قضائه على السعدين.

(ص): **(وَلا يَحْلِفُ فِي العَمْدِ أَقَلُّ مِنْ رَجُلَيْنِ عَصَبَةً)**

(ش): أشار ابن القاسم، وأشهب، وعبد الملك إلى أن ذلك كالشهادة، ولا يقتل بأقل من شاهدين، ألا ترى أنه لا يحلف النساء في العمد إذ لا يشهدون فيه، ويحتمل أن يعلل المنع ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: "أتحلفون"، فأتى بصيغة الجمع وأقل الجمع اثنان عند مالك، نقله عنه في "البيان".

وقوله: (عَصَبَةً) أي: عصبة القتيل وسواء ورثوا أم لا.

(ص): **(فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَمَوالِي)**

(ش): المولى الأعلى: واحد العصبة لكن هو أبعد العصبة، وعلى هذا فمراده بالعصبة أولا العصبة من النسب.

(ص): **(فَإِنْ لَمْ تَكُنْ ردت اليَمِينُ، فَإِنْ نَكَل حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ خَمْسِينَ يَمِينًا)**

(ش): فإن لم تكن عصبة ولا موالي ردت اليمين على المدعى عليه، فإن حلف برئ من الدعوى وضرب مائة وسجن عامًا، وإن نكل حبس حتى يحلف خمسين يمينًا، وظاهره تأبيد حسبه وهو كذلك، ابن عبد السلام: وقد قع في ذلك خلاف على تفصيل تركناه خوف الإطالة، فمن أراده فلينظر " المقدمات".

(ص): **(وَلا مَدْخَلَ للنِّسَاءِ فِي العَمْدِ)**

(ش): أي: في قسامة العمد.

(ص): **(فَإِنْ كَانُوا أَقَلَّ مِنْ خَمْسِينَ وُزِّعَتْ، وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ اجْتُزِئَ بِالْخَمْسِينَ**

عَلَى الأَصَحِّ)

(ش): كما لو كان له ولدان فيحلف كل واحد خمسة وعشرين.

ابن عبد السلام: فإن طاع أحدهما أن يحلف أكثر من الأيمان لم يجز ذلك، هكذا قالوا، وكذلك إن كانوا ثلاثة حلف كل واحد منهم سبع عشرة، وكذلك يتوزعون الأيمان إلا أن يزيدوا على خمسين فالأصح، وهو قول ابن القاسم والمغيرة وأشهب وابن الماجشون، الاكتفاء بخمسين منهم؛ لأن الزيادة على ذلك زيادة على سنة القسامة، وغير الأصح حكاه ابن رشد عن ابن الماجشون أيضًا إلا أنه قال: رأتيه في كتاب مجهول أنه لا بُدَّ أن يحلف كل واحد منهم يمينا وإلا لم يستحقوا الدم، وفي "المقدمات": وإن تساوت حظوظهم من الأيمان المنكسرة كثلاثة إخوة أو اثنين وثلاثين أخًا؛ لأنه وجب على كل يمين وثلثان ففيه اختلاف، وذهب ابن القاسم إلى أنه يجبر الكسر كل واحدٍ منهم فيحلف الثلاثون يمينين، ويحلف كل من الثلاثة سبع عشرة يمينًا، وخالف أشهب، فقال: يحلف الثلاثون أخًا يمينًا يمينًا، ثم يقال لهم: ائتوا بعشرين رجلا منكم يحلفون عشرين يمينًا، وكذلك إن كان بعددهم أكثر من خمسين حلفوا على مذهب ابن القاسم، وحلف كل منهم خمسين على مذهب أشهب.

(ص): (وَفِي الاجْتِزَاءِ باثْنَيْنِ مِنْ أَكْثَرَ مِنْهُمَا قَوْلانِ لابْنِ القَاسِمِ وَأَشْهَبَ)

(ش): ضمير (مِنْهُمَا) يعود على الاثنين؛ أي: إذا كان ولاة الدم أكثر من اثنين سواء كانوا خمسين أو أقل أو أكثر، فقال ابن القاسم: يجتزئ بحلف اثنين منهم، وقيده الشيخ أبو محمد بأن يطيعا بذلك، ولم يكن ذلك مِمن لم يحلف نكولا، وقال أشهب والمغيرة وابن الماجشون: لا بُدَّ أن يحلفوا كلهم، ولا يحوز حلف بعضهم.

(ص): (فَإِنْ كَانَ وَاحِدًا اسْتَعَانَ بِوَاحِدٍ مِنْ عَصَبَتِهِ)

(ش): أي: إن كان ولي الدم واحدًا استعان بواحد من عصبته؛ أي: بمن يلقاه في أبٍ معروف يوازيه، قال في "المقدمات": فإن وجد رجلا واحدًا حلف كل واحد منهما خمس وعشرين يمينًا، وإن وجد رجلين أو أكثر قسمت الأيمان بينهم على عددهم، فإن رضوا أن يحلفوا عقد منها أكثر ما يجب عنه زاد ما لم يزد على خمس وعشرين، وإن كان للقتيل وليان فأراد أن يستعينا في القسامة بغيرهما من الأولياء الذين دونهم في المرتبة فذلك جائز، وتقسم بينهم على عددهم، فإن رضي المستعان بهم أن يحلف كل واحد منهم أكثر مما يجب عليه فذلك جائز، ولا يجوز لأحدهما أن يحلف أكثر من

خمس وعشرين، وإذا حلف كل واحد من الوليين ما يجب عليه من الأيمان إذا قسمت على عددهم، فلا بأس أن يحلف بعض المستعان بهم أكثر من بعض، وإن حلف أحدهم خمسًا وعشرين، ثم وجد صاحبه من يعينه، فإن الأيمان الذي حلف المستعان به لا تكون محسوبة للمستعين بأن تقسم بين الوليين، وإن لم تقسم بينهما وحسبت كلها للمستعين، يحلف ما بقي من الخمس وعشرين فيزاد عليه حتى يستكمل نصف ما بقي من الخمسين يمينًا بعد الأيمان التي حلفها المستعان به محسوبة لا تقسم بينه وبين صاحبه.

(ص): (**وَلا يُنْتَظَرُ الصَّغِيرُ إِلا أَلا يُوجَدَ حَالِفٌ فَيَحْلِفُ نِصْفَهَا والصَّغِيرُ مَعَهُ فَيُنْتَظَرُ، فَإِنْ عَفَا فَلِلصَّغِيرِ حِصَّتُهُ مِنَ الدِّيَةِ لا أَقلَّ...**)

(**ش**): يعني: إذا كان للميت وليان خلاف الصغير، إما في درجة واحدة أو بالاستعانة لم ينتظر الصغير وأقسما وقتلا، وإن لم يكن إلا واحد انتظر بلوغه ويحلف الكبير الآن النصف، ولا يؤخره؛ لأنه قد يموت أو يغيب قبل بلوغ الصغير فيبطل الدم.

قوله: (والصَّغِيرُ مَعَهُ) أي: حالة اليمين؛ لأنه أرهب والجملة في محل حال، ثم إن عفا الكبير صحَّ عفوه، ووجب للصغير نصيبه من الدية، أي: دية عمد لا أقل منها، وظاهر كلام المصنف انتظار الصغير وإن بعد بلوغه، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة"، ابن عبد السلام: وهو المشهور، وكذلك ظاهر "الْمُدَوَّنَة" أيضًا انتظار الغائب، وعن سحنون: أن قرب بلوغ الصغير وانتظار الغائب، وإن بعد لم ينتظر، وتأول أبو عمران "الْمُدَوَّنَة" على أن الغائب ينتظر بخلاف الصغير، وفيه نظر وعكسه أحسن.

(ص): (**وَنُكُولُ المُعَيَّنِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ**)

(ش): لأنه لا حقَّ له في الدم؛ ولأنه يتهم أن يرشى، وإذا نكل المعين ولم يكن ولي الدم إلا واحد، فإن وجد من يستعين به غير هذا، وإلا فقد بطل الدم.

(ص): (**وأَمَّا نُكُولُ غَيْرِ الْمُعَيَّنِ فَإِنْ كَانَ مِنَ الوَلَدِ أَو الإِخْوَةِ سَقَطَ القَوَدُ، وكذَلِكَ غَيْرُهُم عَلَى المَشْهُورِ...**)

(ش): يعني: وأما نكول غير الأولياء الذين هم في القود سواء، فإن كانوا أولادًا أو إخوة سقط القود بالاتفاق، واختلف في غيرهم كالأعمام وبنيهم ومن هو أبعد، فالمشهور سقوط القود أيضًا، وهكذا صرَّح الباجي بمشهوريته والشاذ لا يسقط إلا باجتماعهم، وقال ابن نافع: إن كان على وجه العفو حلف من بقي وكانت له الدية، وإن

كان على وجه التورع حلف من بقي وقتلوا، قال: فمن الشيوخ من يحمله على التقييد، ويقول: لا خلاف أن النكول إن كان تورعًا فلا خلاف أن لمن بقي أن يقسم ويقتل، ومنهم من يحمله على الخلاف، ويقول: إذا نكل أحد الأولياء عن القسامة فلا سبيل إلى القسامة، كان نكوله عفوًا أو تورعًا وهو الأظهر، وفرق ابن القاسم بين أن يكون العفو قبل القسامة فيبطل القتل والدية، أو بعدها فيبطل القتل ويكون لمن بقي حظهم من الدية، وأبطل ابن الماجشون الدية مُطْلقًا، والنكول عن القسامة عند جميعهم كالعفو.

(ص): **(والرُّجوعُ بَعْدَ اليَمينِ وَقَبْلَ القَتْلِ كَالنُّكُولِ)**

(ش): يعني: إذا أكذب أحد الأولياء نفسه بعد الأيمان فذلك كالنكول، فإن كان الراجع ابنًا أو أخًا سقط القود، وكذلك العم وابنه على المشهور، هذا مقتضى التشبيه، وفي "المقدمات": إن عَفَا أحد الأولياء بعد ثبوته بالبينة والقسامة، أو أكذب نفسه بعد القسامة، فثلاثة أقوال:

الأول: لابن الماجشون: أن الدمَ والدية يبطلان، ولا يكون لمن بقي شيء من دية ولا قصاص.

الثاني: لِمَنْ بقي من الأولياء حظه من الدية.

الثالث: إنْ عَفَا كان لمن بقي حظوظهم وإن أكذب نفسه، لم يكن للباقين شيء من الدية، وإن كانوا قبضوها ردوها، وهو مذهب ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة" وغيرها، قال: فيأتي على هذا في بُطلان الدية بعفو أحد الأولياء عن الدم ثلاثة أقوال:

الأول: لابن الماجشون: أنه يبطل ولا شيء لِمَنْ بقي.

الثاني: أن لمن بقي حصته من الدية بغير قسامة إن كان العفو بعد ثبوت الدم، أو قسامة إن كان العفو قبلها.

الثالث: تفرقة ابن القاسم بين أن يكون العفو بعد ثبوت الدم أو قبله، وساوى ابن القاسم بين العفو والنكول عن اليمين قبل القسامة، وفرق بعد القسامة عن عفو أحد الأولياء أو تكذيبه لنفسه، كعفوه عن الدم قبلها لا شيء لمن بقي على ما ذكرناه.

(ص): **(وَعَلَى سُقُوطِ القَودِ فَفِي رَدِّ اليَمينِ إِلى المُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ أَيْمانِ البَاقِي واسْتِحْقَاقِهِمْ الدِّيَةَ - رِوايَتَانِ...)**

(ش): أي: إذا فرعنا على سقوط القود في النكول والرجوع، فروي عن مالك أَنَّ

الأيمان ترد على المدعى عليه ويسقط الدم والدية، وروي عنه أن لِمَنْ بقي أن يحلف ويأخذ حَظَّه من الدية. ابن عبد السلام: والظاهر الأول.

(ص): (**فَإِنْ نكَل فَثَلاثَةٌ: الْحَبْسُ حَتَّى يَحْلِفَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَلَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ، والدِّيَةُ، والْحَبْسُ حَتَّى يَحْلِفَ أو يَطُولَ...**)

(ش): أي: إن نكل المدعى عليه على القول بتوجيه اليمين عليه ففي المسألة ثلاثة أقوال، وتصورها من كلامه ظاهر وأظهرها الأول؛ لأن طلب منه أمر يسجن بسببه فلا يخرج إلا بعد حصول ذلك المطلوب، وقوله في القول الثاني: (والدِّيَةُ) أي: في ماله، والقول الثالث: جار على مسائل الطلاق والعتق.

قوله: (وَلَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ) اختلف في استعانة المدعى عليه على ثلاثة أقوال:

الأول: نفي الاستعانة. ابن عبد السلام: وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة" ومطرف.

والثاني: قول ابن القاسم في "المجموعة": أن الأيمان ترد على المدعى عليهم ويحلف معهم المتهم، وهذا القول الذي ذكره المصنف بقوله: وله أن يستعين، وحمل أبو الحسن "الْمُدَوَّنَة" عليه، وهو ظاهر الرسالة.

والثالث: لابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة" و"الْمَوَّازِيَّة": أن ولاة المدعى عليه بالتخيير بين أن يحلفوا الأيمان كلها أو يحلفها المتهم وحده، وليس لهم أن يحلفوا بعضها ويحلف هو بقيتها، والأول أظهر ولا يخفى وجهه.

(ص): (**وَكَذَلِكَ لَوْ رُدَّتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ فَنَكَلَ**)

(ش): لما ذكر حكم نكول بعض الولاة ذكر نكول الجميع، وأشار بذلك إلى جريان الأقوال الثلاثة.

(ص): (**فَإِنْ كَانَ الْمدَّعى عَلَيْهِ جَمَاعةً حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسينَ يَمِينًا**)

(ش): لأن كل واحد منهم على البدل مُرْتهن بالقتل، وهل لكل منهم الاستعانة؟ يجري على الخلاف المتقدم.

(ص): (**وحُكْمُهَا: الْقَوَدُ فِي الْعَمْدِ والدِّيَةُ فِي الْخَطَأِ**)

(ش): لما ذكر أسباب القسامة وحقيقتها، أخذ فيما يترتب عليها من الأحكام.

وقوله: (الْقَوَدُ) يعني: في العمد لقوله عليه الصلاة والسلام: "أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ

دَمَ صَاحِبِكُمْ؟"[١] وكلامه ظاهر.

(ص): (**وَلا يُقْتَلُ بِهَا إِلا وَاحِدٌ خِلافًا للمُغِيرَةِ**)

(ش): لأن القسامة فيها ضعف من الإقرار والبينة، ولما في مسلم في بعض طرق الحديث: "يقسم خمسين منكم على رجل منهم"، قال في "الموطأ": ولم نعلم قسامة كانت قطُّ إلا على رجل واحد، وقاس المغيرة ذلك على الشهادة، ابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة" و"المجموعة": وإن وجب لقوم دم رجل بقسامة، فلما تقدم للقتل أقر غيره أنه قتله، إن شاءوا قتلوا المقر بإقراره، وإن شاءوا قتلوا الأول بالقسامة، ولا يقتلوا إلا واحد.

(ص): (**وَعَلَى الْمَشْهُورِ يَكُونُ مُعَيَّنًا باليَمِينِ، وَإِنْ كَانَ اللَّوْثُ عَلَى الْجَمَاعَةِ بِخِلاف الْخَطَأ فإِنَّه لا يُقْسَمُ إِلا عَلَى جَمِيعِهِمْ، وتُوَزَّعُ الدِّيَةُ عَلَى عَوَاقِلِهِمْ فِي ثَلاثِ سِنِينَ، وَقال أَشْهَبُ: أَوْ يَخْتَارُونَهُ بَعْدَ يَمِينِهِمْ عَلَى الْجَمَاعَة...**)

(ش): أي: إذا بنينا على أنه لا يقتل بها إلا واحد، فالمشهور أن القسامة لا تكون إلا على معين وهو الذي يريدون قتله، ابن القاسم عن مالك في "الْمَوَّازِيَّة" و"المجموعة": وإذا أقسموا عليه، قالوا: في القسامة لمات من ضربه، ولا يقولون من ضربهم.

وقوله: (وَإِنْ كَانَ اللَّوْثُ عَلَى الْجَمَاعَةِ) ظاهره أنه مبالغة وليس بظاهر؛ لأنَّ فرض المسألة أن اللوث على جماعة.

قوله: (بِخِلافِ الْخَطَأ فإِنَّهُ لا يُقْسَمُ إِلا عَلَى جَمِيعِهِمْ، وتُوَزَّعُ الدِّيَةُ عَلَى عَوَاقِلِهِمْ فِي ثَلاثِ سِنِين) هكذا في "الْمُدَوَّنَة" ففيها: والفرق بين العمد والخطأ يقول: الضرب منا أجمعين، فلا تخصوا عاقلتي بالدية ولا حُجَّة له في العمد انتهى.

ولا فرق على مذهب ابن القاسم بين أن يكون الضرب واحدًا أو متعددًا، وقال سحنون: إن كان الضرب واحدًا كقوم حملوا صخرة فالقسامة على جميعهم، والخطأ والعمد في ذلك سواء، وإن كان الضرب مفترقًا فلا يقسم إلا على واحد منهم، إذ لا يمكنه أن يقتله أكثر من واحد[٢].

وقوله: (وَقَالَ أَشهَبُ: أَوْ يَخْتَارُونَهُ) هذا مقابل قوله أول المسألة: (يَكُونُ مُعَيَّنًا

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٧، والذخيرة:١١/٤٢.

بِاليَمِينِ)، ودلت (أَوْ) من قول المصنف: (أَوْ يَخْتَارونَهُ)، على أن أشهب يُخَيِّر في الأمرين وهو كذلك، وخيره أيضًا في ثالث وهو أن يقسموا على اثنين وأكثر، وفي قول أشهب؛ لأنهم إذا أقسموا على الجميع ثم اختاروا واحدًا أيكون من الترجيح فلا رجح؛ إذ ليس أحدهم بأَوْلَى من الآخر، وقيّد ابن رشد هذا الخلاف بأن يحتمل موته أن يكون على أحدهم وَإِنْ لَم يحتمل ذلك، كما لو رموا عليه صخرة لا يقدر بعضهم على رفعها، فلا اختلاف أنهم يقسمون عليهم كلهم ثم يقتلون من شاءوا منهم.

أصبغ: فإن رمى بدمه نفرًا فأخذ واحد وسجن وتغيب من بقي، فأراد الأولياء بقاؤه حتى يجدوا من غاب فيختارون من يقسموا عليه، وقال المسجون: إما أقسمتم عليَّ أو أَطْلقتموني فذلك له ويستأنى به بِقَدْر ما يطلبون، ويُرْجَى الظفر بهم ويتلوم لهم في ذلك، فَإِنْ تَمَّ التلوم وحبس سنة، وإن لم يحلفوا حلف خمسين يمينًا، فَإِنْ نكل سجن حتى يحلف، قالوا: وإن شاءوا صالحوا المسجون على مال ثُمَّ لهم القسامة على مَنْ شاءوا وسجن المصالح سنة بعد أن يضرب مائة.

(ص): **(وَمَنْ أَقَرَّ بِقَتْلٍ خَطَأً فَإِنْ كَانَ كَأَخٍ أَوْ صَدِيق مُلاطِفٍ لَمْ يُصَدَّق؛ لأَنَّه يُتَّهمُ بِإِغْنَاءِ وَرَثَتِهِ، وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا وَكَانَ عَدْلا فالدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَة، بِقَسَامَةٍ فَإِنْ لَمْ يُقْسِمُوا فَلا شَيْءَ لَهُمْ...)**

(ش): تصوره ظاهر والمسألة في "الْمُدَوَّنَة" في الديات وفي الصلح، ولا إشكال في عدم قبول قوله: إذا كان يتهم، وأما البعيد فالدية على العاقلة، قال في "الْمُدَوَّنَة": إذا كان ثِقة مأمونًا ولم يخف أن يرشى، وَعَبَّر المصنف عن ذلك بالعدالة، وَحَكَى ابن الجلاب في هذه المسألة أربع روايات:

الأولى: مذهب "الْمُدَوَّنَة" وهو ما ذكره المصنف أن الدية على العاقلة بقسامة.

الثانية: أنها على المقر له في ماله بقسامة.

الثالثة: أنه لا شيء عليه ولا على العاقلة.

الرابعة: يقضى عليه وعلى عاقلته، فما أصابه غرمه، وما أصاب العاقلة سقط عنها.

(ص): **(ولَوْ شَهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ بِذَلِكَ شَاهِدٌ واحدٌ كان المَقْتُولِ)**

(ش): أي: على إقراره، أي: القاتل، ومَضَى التشبيه أَنَّه لا يفيد الشاهد الواحد؛ لأنه قال: والإقرار بذلك أو بقتله خطأ بشاهدين، وقد اختلف في الشاهد الواحد على إقرار القاتل بالقتل عمدًا أو خَطَأً على ثلاثة أقوال:

الأول: أنه يقسم في العمد والخطأ[1].

الثاني: لا قسامة فيهما.

الثالث: يقسم في العمد دون الخطأ وإليه ذهب سحنون وعليه أصلح "الْمُدَوَّنَة".

ابن رشد: وهو أظهرها إذ قيل أن إقرار القاتل خطأ ليس بلوث يوجب القسامة، فكيف إذا لم يثبت قوله وإنما شهد به واحد.

(ص): (وَلَوْ شَهِدَ مَعَ إِقْرَارِهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَالقَسَامَةُ أَيضًا مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ كَالْمَقْتُولِ)

(ش): يعني: ولو شهد واحد بالقتل فلا بُدَّ بالقسامة، ومُراده إذا أقرَّ القاتل بالقتل خطأً، وَأَمَّا فِي العمد فَإِنَّه يُقتل بإقراره.

وقوله: (مِنْ غَيْرِ تفصيلٍ) بَيْن أَنْ يكون قريبًا أو بعيدًا كالمقتول؛ أي: كما إِذَا تَعدَّد اللوث مع قول المقتول[2].

(ص): (وَفِيْهَا: لا قَسَامَة فِي الْجِرَاحِ ولَكِنْ مَنْ أَقَام عَدْلا عَلَى جُرْحِ عَمْدٍ أَوْ خَطَأٍ حَلف يَمِينًا وَاحِدَةً واقْتَصَّ أَوْ أَخَذَ العَقْلَ، وَقَالَ مَالكٌ حين استُشْكِلَ العَمْدُ: إِنَّه لَشَيْءٌ اسْتَحْسَنَّاهُ وما سَمِعْنَا فِيهِ شَيْئًا...)

(ش): قد تقدم الكلام على هذا ولعل المصنف أتى به هنا لأحد أمرين:

أَولهما: ليتوصل بذلك إلى الفرع الذي بعده، وإما لأنه لما فرغ مِمَّا فيه القسامة شرع فيما لا قسامة فيه من الجراح والكافر والعبد والجنين تصور كلامه ظاهر.

وقوله: (اسْتُشْكِلَ) هو مَبْنِي لما لم يُسمَّ فاعله؛ لأن المسْتشكل ابن القاسم، وقال ابن عبد الحكم: لا أرى ذلك في العمد.

قوله: (أَوْ أَخَذَ العَقْل) راجع إلى الخطأ.

(ص): (فَإِنْ نَكَلَ قِيْلَ للجَارِحِ: احْلِفْ وابْرَأْ، فَإِنْ نَكَلَ حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ)

(ش): أي: فإن نكل من قام له شاهد بالجرح، قيل للجارح: احلف فإن حلف برئ وإن نكل سجن حتى يحلف، وكان ابن القاسم يقول: يقتص به ثم رجع، وقال ابن القاسم أيضًا: فإن طال حبسه ولم يحلف عُوقِبَ وأطلق إلا أن يكون مُتمردًا فليخلد في السجن[3].

(١) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٨، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٦.

(٢) انظر: حاشية العدوي:٧/١٩٧، وحاشية الصاوي: ٩/٣٥٩.

(٣) انظر: التاج والإكليل:١١/٣١٩، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٧.

(ص): (وَلَو أقامَ النَّصْرانيُّ عَدْلا أَنَّ وَلِيّه قَتَلَهُ مُسْلمٌ أَوْ نَصْرانيّ حَلَف يَمِينًا واحِدَةً واستحقَّ الدِّيَةَ...)

(ش): قد تقدَّم هذا الفرع أ ول القسامة(١).

(ص): (وَكَذَلِكَ العَبْدُ)

(ش): قد تقدم أيضًا.

(ص): (الْجَنينُ الرَّقيقُ والْجَنينُ كَالْجُرحِ لا كالنَّفْسِ، وَلِذَلِكَ لَو أَلْقَتْ جَنِينًا مَيْتًا، وَقَالَتْ: دَمِي وَجَنِينِي عِنْدَ فُلانٍ وَماتَتْ القَسَامَةُ فِي الأمِّ وَلا شَيْءَ في الْجَنِين...)

(ش): مُراده بـ (الْجَنينُ) ثانيًا: الحر.

قوله: (كالجُرحِ) أي: فيمن أقام شاهدًا واحدًا حلف واستحق الغُرَّة في الجرح وعشر قيمة الأم في الرقيق، فقوله: (والجنين الرَّقيق) مبتدأ، وقوله: (والجنين) عطف عليه، و(كالجُرْح) الخبر، وإنما بين هذا وإن كان واضحًا؛ لأن بعض الناس لم يتبين له هذا.

وقوله: (ولذلك) أي: ولأجل أن الجنين كالجرح (لَوْ أَلْقَتْ جَنِيْنًا مَيْتًا، وَقَالَتْ: دَمِي وَجَنِينِي عِنْدَ فُلانٍ كَانَتْ القَسَامَةُ في الأمِّ ولا شيءَ فِي الْجَنِينِ)؛ لأنه بمنزلة ما لو قال: جرحني فلان وذلك غير مسموع(٢).

(ص): (وَلَوْ ثَبَتَ الأمْرَانِ بِعَدلٍ وَاحِدٍ فالقَسَامَةُ فِي الأمِّ وَيَمِينٌ وَاحِدَةٌ فِي الْجَنِينِ)

(ش): الأمْران موتها وخروج الجنين ميتًا بعدل، فالقسامة في الأم؛ لأنها نفس، ويحلف ولي الجنين فيه يمنيًا واحدة ويستحق ديته؛ لأنه كالجرح، فلو استهل أقسم عليه أيضًا، وقد تركنا كثيرًا من الفروع؛ لأن الغرض حلَّ كلام المصنف ولقلة وقوعه، والله أعلم(٣).

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٨٥.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٩/٣٨٤.

(٣) انظر: التاج والإكليل:١١/٣٢٠، وحاشية الصاوي: ٩/٣٣٨.

كتاب الجنايات

(ص): (**الجنايات الموجبة للعقوبات سبعة: البَغْيُ، والرِّدَّة، والزِّنَى، والقَذْفُ، والسَّرِقَةُ، والحِرَابَةُ، والشُّرْبُ**)

(ش): لما تكلم على القتل والجراح اللذين يكون عنهما إذهاب النفس الذي هو من أعظم الذنوب في حق الآدميين، أتبع ذلك بالجنايات الموجبة؛ إما لسفك الدم أو لما دونه[1].

والجناية: هي ما يحدثه الرجل على نفسه، أو غيره، مما يضر حالا أو مآلا، ثم إنها منحصرة في الاصطلاح في هذه السبع.

وبدأ فيه بالبغي[2]؛ لأنه أعظمها مفسدة؛ إذ فيه إذهاب النفوس والأموال غالبًا، وعقبه بالردة؛ لأنها وإن كانت في الدين؛ إلا أن مفسدتها أخص، وعقبه بالزنى؛ لأن مفسدته تفضي إلى تلف النفوس بواسطة عدم معرفة الأب الذي يقوم بمصالحة؛ وعقبه بالقذف؛ لتعلقه بالأنساب.

وأما: السَّرِقَة، والحرابة[3]؛ فالمفسدة منهما إنما هي إتلاف الأموال، وهو أضعف، وكان ينبغي على هذا تقديم الشرب؛ لأن مفسدته ذهاب العقل، إلا أن يقال: لَمَّا كان الحد فيه لم يكن منصوصًا عن الشارع صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ، بل مقيسًا على القذف أَخَّرَهُ لذلك.

---

(١) انظر: جواهر الإكليل: ١ / ١٥٦، و٢ / ٢٠٣، و٣٢/١٢.

(٢) قال ابن عرفة: البغي هو الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالبة ولو تأولا. انظر: التاج والإكليل: ٣٢/١٢.

(٣) قال ابن شاس في بيان حقيقة المحارب وأحكامه: كل من قطع الطريق وأخاف الناس فهو محارب وكذلك من حمل عليهم السلاح بغير عداوة ولا نائرة فهو محارب. انظر: التاج والإكليل: ٣١٤/٦.

وقد قسمها إلى: ثلاثة أطراف الأول في صفة المحاربين وحكم قتالهم، الطرف الثاني في العقوبة والغرم، الطرف الثالث في حكم هذه العقوبة. انظر السابق.

باب البَغْي

(ص): (البَغْيُ: الخروج عن طاعة الإمام مغالبة)

(ش): الجوهري: **(البغي)**: التَّعَدِّي[1].

وقال عياض، وابن العربي: هو الطلب، إلا أنه مقصور على طلب خاص؛ وهو أن يبتغي ما لا ينبغي ابتغاؤه. هذا معنى كلامهما.

وهو في اصطلاح الفقهاء: الخروج عن الإمام يبتغي خلعه، أو يمتنع من الدخول في طاعته، أو يمنع حقًا وجب عليه بتأويل.

وأخرج المصنف الخروج عن طاعة غير الإمام، أو عن طاعته من غير مغالبة، فإن ذلك لا يُسَمَّى بغيًا[2].

فإن قيل: قوله: (الخروج) لا يصدق إلا على من دخل، وذلك غير شرط؛ إذ لا يشترط في انعقاد الولاية بيعة كل واحد؟

قيل: قد يُجَابُ عنه بأنه أراد الخروج عما وَجَبَ علية شرعًا، وهو أعم من أن يكون دخل فيه، أم لا؟

(ص): (والبغاة قسمان: أهل تأويل، وأهل عناد)

(ش)، يعني: ويقاتلان، وقد أُجْمِعَ على ذلك في زمن أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه، حيث قَاتَلَ مانعي الزكاة، وكان بعضهم متأولا[3] أن وجوبها قد انقضى بموته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ؛ لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [التوبة: ١٠٣]، وبعضهم معاندًا شُحًّا بماله[4].

---

(١) قال ابن منظور: البَغْيُ التَّعَدِّي وبَغَى الرجلُ علينا بَغْياً عَدَل عن الحق واستطال. انظر: لسان العرب: ١٤/٧٥.

(٢) قال ابن المواق: الباغية فرقة خالفت الإمام لمنع حق أو لخلعه.

(٣) وقال ابن عرفة: المتأول من كان فعله ذلك لاعتقاده أن حقية قتاله الإمام واجب. انظر: منح الجليل: ٩/١٩٨.

(٤) انظر: منح الجليل: ٩/١٩٩.

قال ابن حبيب، عن مالك: وأصحابه رضي الله تعالى عنهم إذا امتنع أهل البغي ولو كانوا ذوي بصائر وتأويل فلا ينبغي للإمام والمسلمين أن يدعوا للخروج عليهم حتى يردوهم إلى الحق وحكم الإسلام وأما غير العدل فليس له قتالهم لاحتمال أن خروجهم لجوره وإن لم يجز =

فصل: في كيفية قتال البُغَاةِ

(ص): (وللإمام العدل في قتالهم خاصة جميعًا ما له في الكفار، وإن كان فيهم النساء والذرية بعد أن يدعوهم إلى الحق)

(ش): قوله: (خاصة) يرجع إلى قتالهم دون الاسترقاق[١]، وقتل أسيرهم، والتدفيف على جريحهم[٢].

وأعاد (ع): قوله: (خاصة) إلى الإمام العدل، أي: للعادل القتال دون غيره.

(جميعًا): أي الطائفتين: أهل التأويل، وأهل العناد ما له في قتال الكفار من ضرب بسيف، ورمي بنبل ومنجنيق، وتغريق، وتحريق، ولا يمنعه من ذلك وجود النساء[٣]، والذرية فيهم.

وقوله: (بعد أن يدعوهم إلى الحق)[٤] هكذا نص عليه سحنون في كتاب ابنه.

وإذا كان الكفار يُدْعَوْنَ على أحد الأقوال فهاهنا أَوْلَى؛ لأنهم مسلمون[٥].

(ص): (ولا يُقْتَلُ أسيرهم، وإذا ظهر عليهم وأمنوا فلا يدفف على جريحهم، ولا منهزمهم)

(ش): هكذا قال أصبغ؛ إذا أُسِرَ منهم أسير، فلا يُقْتَلُ بل يُؤَدَّبُ، ويُسْجَنُ حتى

=

الخروج عليه. انظر: السابق.

(١) الاسترقاق: هو التملك بالرق. انظر: القاموس المحيط: ١٣٦/٣.

(٢) انظر: منح الجليل: ١٩٩/٩.

(٣) قال ابن شاس: إذا قاتل النساء بالسلاح مع البغاة فلأهل العدل قتلهن في القتال، فإن لم يكن قتالهن إلا بالتحريض ورمي الحجارة فلا يقتلن، وإن أسرن وقد كن يقاتلن قتال الرجال لم يقتلن إلا أن يكن قد قتلن. قال الشيخ أبو محمد: يريد في غير أهل التأويل.
و مفاد كلام ابن شاس أن المرأة تقتل في حال مقاتلتها بالسلاح، ولا تقتل في حال مقاتلتها بالحجارة، ونحوها، وأما بعد أسرها، فلا تقتل، ولو قاتلت بالسلاح، ومحله حيث لم تقتل أحدا، وإلا فتقتل به، ولو بعد الأسر، وسواء كان قتالها بالسلاح، أو بالحجارة وهذا كله في غير المتأولة، وأما الرجل فإنه يقتل في حال قتاله سواء قاتل بالسلاح، أو بغيره، وكذا بعد أسره، وقد ذكر في باب الجهاد: أن المرأة الكافرة إذا قاتلت بالسلاح ولو لم تقتل أحدا أنها تقتل، ولو بعد الأسر، وأما إن قاتلت بالحجارة، فحكمها في البابين واحد. انظر: التاج والإكليل: ٤٦/١٢.

(٤) انظر: منح الجليل: ١٩٩/٩.

(٥) انظر: الذخيرة: ٩/١٢، وشرح مختصر خليل: ٦١/٨.

يتوب، وإن ثبت عليه أنه قَتَلَ أحدًا قُتِلَ به[١].

وظاهر كلام أصبغ، وهو ظاهر كلام المصنف، عدم القتل، ولو كانت الحرب قائمة.

وقال عبد الملك: إن كانت الحرب قائمة، فللإمام قَتْلُ أسيرهم، أو جماعة في قبضته؛ إذا خاف أن يكون عليه دائرة، أو أَحَسَّ ضعفًا.

سحنون: وإذا ظهر الإمام عليهم ظهورًا بَيِّنًا، وأيس من عودتهم؛ فلا يُقتل منهزمهم، ولا يُدَفف على جريحهم. وإن لم تتحقق الهزيمة، ولا يؤمن رجوعها، فلا بأس بقتل منهزمهم وجريحهم.

ابن حبيب: ونَادَى منادي علي بن أبي طالب رضي الله عنه في بعض من حَارَبَهُ: أن لا يُتْبَعَ مُدْبِرٌ، ولا يجهز على جريح، ولا يُقْتَلَ أسيرٌ[٢]، ثم كان موطن آخر في غيرهم، فَأَمَرَ بِإِتْبَاعِ المدبر، وقَتْلِ الأسيرِ، والإجهاز على الجريح، فَعُوتِبَ في ذلك، فقال: (هؤلاء لهم فئة ينحازون إليها، والأَوَّلُون لم تكن لهم فئة)[٣].

ومعنى لا يُدَفِّف: لا يجهز.

ونقل في "النوادر"[٤] عن سحنون: أنه قال: سمعتُ أصحابنا يقولون: لا يُقْتَلُ منهزم أهل العصبية[٥]، ويُقْتَلُ منهزم الخوارج[٦] على كل حال.

ولعله إذا كان لهم إمام وفئة، فيوافق الأول.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٧٨.

(٢) انظر: السنن الكبرى، للبيهقي: ح (١٣٠٦) ومصنف عبد الرزاق: (٥٣٣٩).

(٣) انظر: منح الجليل: ٩/٢٠١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/٥٤٦، ١٤و/٧٠.

(٥) ولما سئل مالك رحمه الله، عن أهل العصبية بالشام، قال: أرى الإمام أن يدعوهم إلى الرجوع إلى مناصفة الحق بينهم، فإن رجعوا وإلا قوتلوا. قلت: أرأيت الخوارج إذا خرجوا فأصابوا الدماء والأموال ثم تابوا ورجعوا؟ قال: بلغني أن مالكا قال: الدماء موضوعة عنهم، وأما الأموال فإن وجدوا شيئا عندهم بعينه أخذوه، وإلا لم يتبعوا بشيء من ذلك إذا كانت لهم الأموال لأنهم إنما استهلكوها على التأويل. انظر: المدونة: ١/٥٣٠.

(٦) والفرق ما بين المحاربين والخوارج في الدماء؟ قيل: لأن الخوارج خرجوا على التأويل، والمحاربين خرجوا فسقا وخلوعا على غير تأويل، وإنما وضع الله عن المحاربين إذا تابوا حد الحرابة حق الإمام، وإنه لا يوضع عنهم حقوق الناس وإنما هؤلاء الخوارج قاتلوا على دين يرون أنه صواب. انظر السابق.

(ص): (**وفي قَتْلِ الرجلِ أباهُ قولان**)

(ش): ظاهره أن من منع ذلك منعه على وجه التحريم، وهذا القول إنما هو منقول عن سحنون، وقال: لا أحب، وظاهره الكراهة، وقد صَرَّحَ سحنون في موضع آخر بالكراهة، وقال: من غير تحريم.

سحنون: وله قتل بني أبيه وأخيه، وجده لأبيه وأمه.

والقول: (بأن له أن يَقْتُلَ أباه) لأصبغ[1].

وسكت عن الأم؛ لأن الغالب عدم قتالها، وإلا فهي أزيد من الأب برًا.

(ص): (**وأما أموالهم فإن كانت سلاحًا، وكُرَاعًا، واحتيج إليها؛ استُعِينَ بها عليهم، ويُرَدُّ بعد ذلك** هو وغيره)

(ش): قوله: (ويرد): أي المال المستعان به، وغيره من سائر أموالهم عليهم؛ لأنهم مسلمون لم يزل ملكهم عن أموالهم.

وفهم من كلامه أن غير السلاح والكراع لا يُستعان به عليهم، وأن السلاح والكراع إذا لم يحتج إليها لا يجوز أخذها، وهكذا نُقِلَ عن علي بن أبي طالب: (جواز الاستعانة)[2].

وإلا فالأصل: عدم الجواز؛ لقوله علية الصلاة والسلام: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه"[3].

(ص): (**وما أتلفه أهل التأويل من نَفْسٍ ومال، فلا ضمان**)

(ش): يعني أنهم إن خرجوا بتأويل، فلا ضمان فيما أتلفوه في الفتنة من نفس ومال[4].

واحترز بقوله: (أتلفه) مما لو كان بأيديهم بعينه، فإن ربه يأخذه.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٢٤٢/٤، والفواكه الدواني: ٢٥٩/٢.

(٢) وقد أجمع جمهور المالكية، وغيرهم: على تحريم الاستعانة بالكفار في قتال البغاة؛ لأن القصد كفهم لا قتلهم، والكفار لا يقصدون إلا قتلهم، وإن دعت الحاجة إلى الاستعانة بهم، فإن كان من الممكن القدرة على كف هؤلاء الكفار المستعان بهم جاز، وإن لم يقدر لم يجز. انظر: نهاية المحتاج: ٧ / ٣٨٧، والمهذب: ٢ / ٢٢١، وكشاف القناع: ٦ / ١٦٤.

(٣) أخرجه أحمد، ٥ / ٤٢٥، من حديث أبي حميد الساعدي، وأورده الهيثمي في المجمع وقال: رواه أحمد والبزار، ورجال الجميع رجال الصحيح، وانظر: مجمع الزوائد:٤ / ١٧١.

(٤) انظر: منح الجليل: ٢٠٤/٩.

(ص): (وإن وَلَّوْا قاضيًا وأخذوا زكاة، أو أقاموا حقًا، ففي نفوذه قولان)

(ش): القول بالنفوذ لِمُطَرِّف، وابن الماجشون، وبعدمه لابن القاسم. وعن أصبغ القولان.

والأول أقيس؛ لأن التأويل إذا نفعهم في درء القصاص، والحدود، وأخذ المال؛ ينبغي أن ينفعهم في هذه الأمور.

(ص): (وما أتلفه أهل العناد من نَفْسٍ ومال فالقصاص، والضَّمَان)

(ش): لأنهم غير معذورين[١].

(ص): (وحكم النساء المقاتلات منهما حكم الرجال)

(ش): قوله: (منهما): أي من أهل التأويل، وأهل العناد. من القتل، وعدم قتل الأسير، والتذفيف على الجريح.

وفي "الجواهر": وإذا قاتل النساء مع البغاة بالسلاح، فلأهل العدل قتلهن في القتال، فإن لم يكن قتالهن إلا بالتحريض، ورمي الحجارة، فلا يُقتلهن؛ إلا أن يكن قد قَتَلْنَ فَيُقْتَلْن.

الشيخ أبو محمد: يريد في غير أهل التأويل[٢].

وقد تقدم في قتل النساء في أهل الحرب.

(ص): (وإذا سأل أهلُ البَغْيِ التأخيرَ أيامًا، أو شَهْرًا حتى ينظروا في أمرهم، وبذلوا شيئًا؛ لم يجز أخذه، وله أن يؤخرهم ما سألوه ما لم يُقَاتِلُوا فيها أحدًا، أو يفسدوا)

(ش): هذه الجملة وقعت في بعض النسخ، ووقعت في نسخه (ر)، ونحوها في "الجواهر"، وهي ظاهرة التصور[٣].

(ص): (وأما أهل الذمة، فإن كانوا مع أهل التأويل، فَحُكْمُهُم حُكْمُهُم، ويُرَدُّون إلى ذمتهم، وإن كانوا مع أهل العناد فقد نقضوا عهدهم)[٤]

(ش): لأن التأويل صيرهم كأهل الفتنة، وكلامه ظاهر[٥].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٠٠، والشرح الكبير، وحاشية الدسوقي: ٤/٣٠٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٦، وشرح مختصر خليل: ٨/٦١.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل: ٥/٢٧٦.

(٤) انظر: جامع الأمهات: ١/٥١٢.

(٥) انظر: التاج والإكليل: ٦/٢٧٩، ومنح الجليل: ٩/٢٠٤.

باب الرِّدَّةِ

فصل: في الرِّدَّة وبما تكون

(ص): (**الرِّدَّة: الكُفْرُ بعد الإسلام، وتكون بصريح وبلفظ يقتضيه، وبفعل يتضمنه**)

(ش): حد المُصَنِّف رحمه الله تعالى الردة[1] ظاهر التصور[2]، ونسأل الله العظيم بجاه النبي الكريم أن يعصمنا منها، وأن يُمِيتنا على الإسلام، وهو راضٍ عَنَّا، وأن يقلع من قلوبنا رعونات[3] البشرية.

وقوله: (وتكون): أي الرِّدَّة، ويجوز أن تقرأ بالياء المثناة من تحت، ويعود حينئذ على الكفر.

و (الصريح) كالكفر بالله تعالى، أو برسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ، واللفظ الذي يقتضيه كجحد الصلاة أو الصوم، مما عُلِمَ من الدين ضرورة، وادعاء أن للنجوم تأثيرًا.

و (الفعل المتضمن): قالوا: كإلقاء المصحف في القاذورات، وتلطيخ الكعبة بها، وشد الزُّنَّار ببلد الإسلام، والسجود للصنم[4].

ونقل (ر) عن القَرَافي: أن الخطيب إذا جاءه من يريد النطق بكلمة الإسلام، فقال: اصبر حتى أفرغ من خطبتي أنه يحكم بكفر الخطيب؛ لأن ذلك يقتضي أنه أراد بقاءه على الكفر.

(ر): ولم أر ذلك.

ووقعت في أيام القرافي مسأله، وهي: أن رجلا قال لآخر: أمات الله البعيد كافرًا، فَأَفْتَى الكركي بكفره. قال: لأنه أراد أن يكفر بالله تعالى.

وقال القرافي: إرادة الكفر لم تكن مقصودة له، وإنما أراد التغليظ في الشتم، والكفر شيء يئول إليه الأمر.

---

(١) قال الجوهري: الردة بالكسر مصدر قولك: رده ردا وردة، والردة: الاسم من الارتداد، والردة: إملاء الضرع من اللبن، والارتداد الرجوع ومنه المرتد. انظر: لسان العرب: ١٧٢/٣.

(٢) انظر: منح الجليل: ٣٥٨/١٩، ومواهب الجليل: ٣٧١/٨.

(٣) قال ابن منظور: الأَرْعَنُ الأَهْوَجُ، والرُّعُونة الحُمْقُ والاسْتِرْخاء رجل أَرْعَنُ وامرأَة رَعْناء. انظر: لسان العرب: ١٨٢/١٣.

(٤) قال القرافي: حقيقة الردة عبارة عن قطع الإسلام من مكلف، وفي غير البالغ خلاف.

وقال ابن عرفة: الردة كفر بعد إسلام تقرر بالنطق بالشهادتين مع التزام أحكامهما. انظر: شرح خليل، للخرشي: ٩٩/٢٣.

(ر): وما قاله هو الصواب[1].

فصل: في وجوب تفصيل الشهادة في التكفير

(ص): **(وتُفصل الشهادة فيه[2]؛ لاختلاف الناس في التكفير)**

(ش): يعني لا يقبل من الشاهد أن يقول: فلان كَفَرَ، وارتد عن الإسلام، بل حين يُبَيِّن الذي كفر به؛ لأن من الناس من كَفَرَ بلازم المذهب، ومنهم من لم يكفر به.

لا يقال: يجري هنا الاختلاف الذي في التعديل والتجريح؛ لأن المفسدة هنا أشد، وظاهر كلام المصنف وجوب التفصيل[3].

ولفظ " الجواهر": (ينبغي)، ولعل مراده أيضًا: الوجوب.

فصل: في تَنَصُّرِ الأسير المسلم

(ص): **(ومَنَ تَنَصَّرَ من أسير، حُمِلَ على الاختيار حتى يثبت إكراهٌ فكالمسلم)**

(ش): هذا هو المشهور، ووجهه: أن الغالب في أفعال المكلف الاختيار.

(ع): وهذا صحيح، إلا أن يشتهر من جهة من جهات الكفار أنهم يُكْرِهُون الأسير على الدخول في دينهم، أو يُكثرون من الإساءة إلية، فإذا تَنَصَّرَ خففوا عنه، فينبغي عندي أن يُتَوَقَّفَ في إجراء حكم المرتد عليه في ماله وزوجاته حتى يثبت ذلك.

وقيل: بل يُحمل على الإكراه؛ لأنه الغالب من حال المسلم.

وقوله: (فكالمسلم): أي كما أن الكافر إذا أسلم، ثم زعم أن إسلامه إنما كان عن إكراه، فإنه يُحْمَلُ على الاختيار، ولا يُقْبَلُ منه دعوى الاضطرار.

هكذا قال (ع)، قال: ولم يثبت قوله (فكالمسلم) في كل النسخ؛ استغناء بذلك عن قوله: ومن أسلم، ثم ارْتَدَّ عن قرب[4].

---

(١) انظر: الذخيرة: ٢٩/١٢.

(٢) ومعنى ذلك: من شهد بكفر شخص فلا بد أن يفصل ويبين الوجه الذي كفر به، ولا يجمله بأن يقول كفر بقوله كذا أو بفعله كذا صونا للدماء. انظر: حاشية الدسوقي: ٢٩٧/١٨.

(٣) قال الدسوقي: لا يكتفي القاضي بقول الشاهد أنه كفر بل لا بد من بيان ما كفر به بيانا واضحا لا إجمال فيه بأن يقول كفر بقوله كذا أو فعله كذا، لاحتمال أن يكون الشاهد يعتقد أن ما وقع منه كفر وهو في الواقع ليس كذلك. انظر: حاشية الدسوقي: ٢٩٦/١٨.

(٤) قال ابن الحارث: اتفقوا على أن من أكره على الردة فلا يجب عليه حكم المرتد، وإن سب نبيا أو ملكا، أو عرض، أو لعنه، أو عابه، أو قذفه، أو استخف بحقه، أو غير صفته، أو ألحق به نقصا، وإن في بدنه، أو خصلته، أو غض من مرتبته، أو وفور علمه، أو زهده، أو أضاف له ما لا يجوز =

ويحتمل: أن يريد بقوله: (فكالمسلم) أنه إذا ثبت إكراهه، فهو كالمسلم في جميع أحكامه، ويكون أشار بذلك إلى قوله في "المدونة": (وإن ثبت إكراهه ببينة، لم تطلق عليه، وكان بحال المسلم في نسائه، وماله، ويَرِثُ، ويُورَثُ)[1].

(ص): (ومن أسلم ثم ارتد عن قرب، وقال: أسلمتُ عن ضِيق، أو خَوف، أو غُرم؛ ففي قَبُول عُذره بعد ظهوره قولان لابن القاسم، وأشهب، إلا أن يقيم بعد زوال العذر)

(ش): يعني إذا أسلم كافر، ثم ارتد، وقيد المصنف ذلك بالقرب كما في الرواية؛ لأنه الغالب، ومفهوم قوله: (**بعد ظهوره**): أنه لو لم يظهر ما ادعاه ما سُمِعَ منه، وحُكِمَ فيه بحكم المرتد، وهو صحيح.

وقول ابن القاسم: بقبول عذره مروي عن مالك.

أصبغ: وهو أحب إلي إلا أن يُقيم على الإسلام بعد ذهاب الخوف، فهذا لا يقبل، وقاله ابن وهب، وابن القاسم[2].

وإلى هذا التقييد أشار بقوله: (**إلا أن يُقيم بعد زوال عذره**).

والخلاف مبني على أنه: هل يجوز إكراه الكافر على الإسلام، أو لا؟

فَرَأَى أشهب وغيره: أنه إكراه بحق، وإنما لا يعتبر المكره عليه إذا كان باطلا.

ورَأَى في القول الأول: أن الإكراه لا يجوز؛ لأن الشرع قد أَقَرَّ الذمي علي دينه، فلا يُكره على الخروج منه، وإذا لم يجز إكراهه فأُكْرِهَ، لم يلزمه، والله أعلم[3].

=

عليه، أو نسب إليه ما لا يليق بمنصبه على طريق الذم أو قيل له بحق رسول الله فلعن؛ وقال أردت العقرب، قتل، ولم يستتب حدا إلا أن يسلم الكافر وإن ظهر أنه لم يرد ذمه، لجهل، أو سكر، أو تهور. انظر: منح الجليل: ١٩/٤٠٥، وما بعدها.

وفي التمهيد: أن عبد العزيز بن أبي سلمة كان يقول: يقتل المرتد ولا يستتاب، ويحتج بحديث معاذ مع أبي موسى، نقله سحنون.

وحديث معاذ: أن معاذا لما أتى أبا موسى وعنده رجل يهودي فقال: ما هذا؟ قال: يهودي أسلم ثم ارتد، وقد استتابه أبو موسى شهرين، فقال معاذ: لا اجلس حتى أضرب عنقه.

(١) انظر: تهذيب المدونة: ١/٣٥١، والتاج والإكليل: ٦/٢٨٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٩، والذخيرة: ١٢/١٣، والشرح الكبير: ٤/٣٠٧.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٢٨٢، والزرقاني: ٨/٦٨، والشامل: ٦/٦٤٨.

فرع

المتَيْطِي[١]: إذا أجابه إلى الإسلام جملة وتشهد، وأقر بالرسالة؛ وَقَفَ على شرائع الإسلام من وضوء، وصلاة، وزكاة، وحج البيت إن استطاع إليه سبيلا، فإن أجاب إلى ذلك تَمَّ إسلامه، وقُبِلَ إيمانه؛ وإن أَبَى من التزام ذلك لم يُقبل منه إسلام، ولم يُكْره على التزامها، ولم يجبر على الإسلام، وتُرِكَ على دينه، ولا يعد مرتدًا برجوعه، وكان الله غَنِيًّا عنه، وكذلك ينبغي عند دخوله في الإسلام أن يوقف على دعائم الإسلام المبني عليها المذكورة أولا.

قال: وإن لم يوقف على شرائع الإسلام حين أسلم، فالمشهور من المذهب من المذهب أنه يشدد عليه، ويؤدب، فإن تمادى على رِدَّته تُرِكَ في لعنة الله تعالى، ولم يُقْتَلْ؛ لأن الإسلام قول وعمل، وقاله مالك، وابن القاسم، وغيرهما وبه أخذ ابن عبد الحكم، وعليه العمل والقضاء.

وقال أصبغ في "الواضحة": سواء رجع عن إسلامه عن قرب، أو بُعْدٍ، ولو طرفة عين، إذا تلفظ بالشهادتين، ثم رجع قُتِلَ بعد استتابته. انتهى.

وقد تقدم في كتاب الجهاد من كلام اللخمي: أنه إذا أقر بالشهادتين، ثم رجع أن حُكْمَهُ كالمرتد[٢].

(ص): **(ومثله من تؤضأ وصلى، ثم اعتذر)**

(ش): أي ومثل من أسلم، وظاهره دخول الخلاف المتقدم، ويحتمل أن يكون مثله في أصل الحكم، وهو قبول عذره مع ظهوره، وعدم قبوله مع نفي العذر.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٧، وشرح خليل، للخرشي: ٢٣/١٢٣.
وهو أبو الحسن، علي بن عبد الله بن إبراهيم، الأنصاري، شهر بالمتيطي. صاحب كتاب النهاية والتمام. انظر: نيل الابتهاج: ص ١٩٩.

(٢) قيل: من أكره على الإسلام فأسلم ثم ارتد قبل أن يوجد منه ما يدل على الإسلام طوعا، مثل أن يثبت على الإسلام بعد زوال الإكراه، فإن كان ممن لا يجوز إكراههم على الإسلام - وهم أهل الذمة والمستأمنون - فلا يعتبر مرتدا، ولا يجوز قتله ولا إجباره على الإسلام؛ لعدم صحة إسلامه ابتداء.
أما إن كان من أكره على الإسلام ممن يجوز إكراهه وهو الحربي والمرتد، فإنه يعتبر مرتدا برجوعه عن الإسلام، ويطبق عليه أحكام المرتدين. انظر: الشامل ٦ / ١٤٨، ومنح الجليل: ٤ / ٤٠٧.

(ع): وهو أظهر، ويعزى الخلاف لأشهب.

وحكى إسحاق بن راهويه الإجماع على أن الصلاة دليل على الإسلام، وجعل هذا الإجماع حجة في محل الخلاف، وهو كفر تارك الصلاة، وفيه نظر؛ لهذا الخلاف.

ففي "المُوَّازِيَّة": إذا صحب النصراني قومًا، وأظهر الإسلام وتوضأ، وصلى، وربما قدموه، فلما أمن أخبرهم، وقال: صنعت ذلك تحصنًا بالإسلام؛ لئلا يؤخذ ما معي، أو تؤخذ ثيابي، فله ذلك إذا أشبة ما قال[1].

وفي "البيان": قال مالك: لا يُقبل ما أظهر من الصلوات[2]، وإن كان في موضع هو فيه آمِنٌ على نفسه، ووجهه: أنه رأى صلاته بهم مجونًا وعبثًا، ويجب عليه بذلك الأدب المؤلم[3].

وفي "الواضحة": لمطرف وابن الماجشون: أن ذلك منه إسلام، ولا حجة أن قال: لم أرد به إسلامًا، وسواء على قولهما كان في موضع هو فيه آمن على نفسه أم لا، مثل قول أشهب: أي في المسألة السابقة.

وفَرَّقَ سحنون بين أن يكون في موضع هو فيه آمِن، فيعرض عليه الإسلام، فإن لم يسلم قُتِلَ، أو خالف فلا سبيل إليه، وهو أظهر الأقوال.

(خ): وعلى هذا، فالأظهر بقاء كلام المصنف على ظاهره من التشبيه في ظهور الخلاف، ولا يلزم أن يكون القائل واحدًا.

ابن عطاء الله: وإن أذن كافر، كان أذانه إسلامًا. وإن أذن مسلم، ثم ارتد بعد فراغه، جَرَى على الخلاف المتقدم في الردة، هل تبطل العمل بمجردها، أو حتى يموت عليها. انتهى.

فانظر هل يأتي على ما قاله اللخمي دون ما ذكره المتيطي، أو عليهما.

(ص): **(وعلى قبول عذره يُعيد مأمومه، وعلى رَدِّه في إعادتهم قولان)**

(ش): يعني على القول بعدم قبول عذره، وأن حكمه كالمرتد، فقال مطرف، وابن الماجشون: يعيدون أيضًا أبدًا.

وظاهر كلامهما: أنه لا فرق بين أن يسلم، أو يقتل، والقول بعدم إعادته سواء

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٠٩/١٨، وشرح خليل، للخرشي: ٤١٧/٢٤، والكافي: ١٠٩١/٢.

(٢) قال ابن القاسم: لا يقتل حتى يصلي ولو ركعة واحدة، فإذا صلى ثم ترك أدب، فإن لم يصل قتل.

(٣) انظر: منح الجليل: ٣٨٧/١٩.

أسلم، أو قتل لم أقف عليه.

نعم؛ قال صاحب " البيان": إنه القياس إذا حكمنا بإسلامه.

(خ): والظاهر: هو الأول؛ لأنا وإن حكمنا بإسلامه، فهو غير موثوق به في شروط الصلاة، والصلاة لا بد فيها من نية جازمة، وإسلامه إنما حكم به في الظاهر.

وقال سحنون: إن كان في موضع يخاف على نفسه، فلا يُقتل، ويعيد القوم صلاتهم، وإن كان آمنا فإنه يعرض عليه الإسلام، فإن أسلم فصلاتهم تامة، وإن لم يُسلم قُتِلَ، وأعادوا صلاتهم.

فصل: في حكم المرتد

(ص): **(وحكم المرتد إن لم تظهر توبته القتل)**

(ش): لما في "البخاري " وغيره عنه عليه الصلاة والسلام: "من بدل دينه فاقتلوه"[١].

و (أل) في المرتد للجنس، فيشمل الذكر والأنثى، خلافًا للحنفية في إخراج الأنثى، ولنا العموم المتقدم[٢].

فرع

فإن كانت متزوجة، لم تُقْتَل حتى تستبرأ[٣].

قال في "المُوَّازِيَّة": بحيضة.

(ص): **(فلذلك لا يُقتل الزنديق إذا جاء تائبًا، وظهر من قوله: على الأصح بخلاف من ظهر عليه، قال مالك: لأن توبته لا تُعرف، يعني: أن التقية من الزندقة)**

(ش): أي ولأجل أنا لا نقتل المرتد إلا إذا لم تظهر توبته، لم نقبل توبة الزنديق[٤]، وهو الذي يُسِرُّ الكفر، ويُظْهِرُ الإسلام، إذا لم يجئ تائبًا، بل ظُهر عليه؛ إذ لا تظهر توبته؛ لأنه إنما قُتِلَ على ما أَسَرَّ، وما أظهره لا يدل على ذلك، وهذا هو المعهود[٥].

وذهب ابن لبابة إلى استتابته كالمرتد.

---

(١) أخرجه البخاري، رقم (٣٠١٧) والترمذي، رقم (١٤٥٨) وأبو داود، رقم (٤٣٥١).

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٥٢/١٢، والذخيرة: ٤٣/١٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير: ٣٠٦/٤.

(٤) انظر: الذخيرة: ٢٦/١٢، والزنديق: هو الذي لا يتمسك بشريعة ولا يتدين بدين.

(٥) انظر: الذخيرة: ٥٣/١٠، وحاشية الدسوقي: ٢٩/١٩.

أما إذا جاء تائبًا، فظاهر الحال أن توبته صحيحة؛ لاعترافه قبل أن يطلع عليه.

ومقابل الأصح ذكره ابن شاس، فقال: ومن أصحابنا من قال: لا تقبل توبته إذا جاء تائبًا قبل الظهور عليه. وقوله شاذ بعيد عن المذهب.

فصل: في التوبة

(ص): **(ويجب عرض التوبة على من تُقبل منه، وفي وجوب إمهاله ثلاثه أيام روايتان، ولا يُجَوَّعُ، ولا يُعَطَّشُ، ولا يُعَاقَبُ)**

(ش): لعله قال: من تُقبل منه، ولم يقل: المرتد؛ ليشمل كلامه المرتد والزنديق على الشاذ، وإلا فالمشهور أن التوبة إنما تعرض على المرتد[1].

وظاهر المذهب وجوب إمهاله ثلاثة أيام.

ففي "الرسالة": ويُؤَخَّرُ للتوبة ثلاثًا.

وحكى ابن القصار إجماع الصحابة عليه؛ لتصويبهم قول عمر رضي الله تعالى عن جميعهم بالاستتابة[2] من غير إنكار.

ففي "الموطأ": لما بلغه أنهم قتلوه من غير استتابة أنه قال رضي الله عنه: (أفلا حبستموه ثلاثًا، وأطعمتموه كل يوم رغيفًا، واستتبتموه؛ لَعَلَّهُ يتوب)، ثم قال رضي الله عنه: (اللهم إني لم أحضر، ولم آمر، ولم أرض إذ بلغني).

مالك: ويعرض عليه الإسلام كل يوم.

(ر): والنص أنه يمهل، وإنما الخلاف في كونه واجبًا، أو مستحبًا، وفي ذلك روايتان، وعلى هذا فكلام المصنف ليس بظاهر؛ لأنه لا يؤخذ منه الاستحباب[3].

لكن حكى ابن القصار، عن مالك ما ظاهره عدم استحباب التأخير ثلاثًا؛ لأنه روى عنه أنه يُستتاب في الحال، فإن تاب، وإلا قُتِلَ.

وعن ابن القاسم في "المُوَّازِيَّة": أنه يُدْعَى إلى الإسلام ثلاث مرات، فإن تاب،

---

(١) قال مالك: وإذا تاب المرتد قبلت توبته ولا حد عليه فيما صنع في ارتداده.
وعن ابن شاس: ثم عرض التوبة على المرتد واجب والنص أنه يمهل ثلاثة أيام.
قال مالك: وما علمت في استتابته تعطيشا ولا تجويعا ولا عقوبة عليه إذا تاب.
ابن الحاجب إن لم يتب لم يقم عليه غير الفرية ويقتل. انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥١، والذخيرة: ١٢/٣٩، وحاشية العدوي: ٢/٤١٠.

(٢) استتابة: أي بلا طلب توبة منه. انظر: حاشية الدسوقي: ١٨/٣٠٩.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٢، ومنح الجليل: ٩/٢١٢.

وإلا قُتِلَ.

قوله: (ولا يُجَوَّعُ، ولا يُعَطَّشُ)، نحوه لمالك؛ لكلام عمر رضي الله عنه السابق.

وقوله: (ولا يُعَاقَبُ) ظاهره في الثلاثة، وهكذا نقل الباجي، عن مالك.

ونقل أصبغ: أنه يُخوف أيام استتابته بالضرب، ويذكر بالإسلام.

ويحتمل: أن يريد لا يُعاقب إذا تاب، وكذلك ذكره في "الجواهر " قال: ورواه أشهب، عن مالك.

فصل: في السحر وأحكامه

(ص): (والساحر كالزنديق، حرًا أو عبدًا، ذكرًا أو أنثى، وقيل: إن كان مُسْتَسِرًّا بسحره ورث)

(ش): حد ابن العربي رحمه الله تعالى السِّحْرَ[1]: بأنه كلام مؤلف يعظم به غير الله عز وجل، وتنسب إليه المقادير، والكائنات.

وفي "الترمذي": عنه عليه الصلاة والسلام: "حد الساحر ضَرْبَةٌ بالسيف"[2].

وفي "الموطأ": أن حفصة رضي الله عنها: (أمرت بقتل جارية لها سحرتها)[3].

ولأنه كفر، فيجب قتله.

أما إنه كفر، فلقوله تعالى: ﴿وَاتَّبَعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَى مُلْكِ سُلَيْمَانَ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا﴾ [البقرة: ١٠٢].

وأما أن الكافر يُقتل، فلقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ: "من بدل دينه فاقتلوه"، ولقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنى

(١) انظر: فتح العلي: ٢٦٢/٥.

(٢) أخرجه الترمذي، رقم (١٤٦٠) وقال: لا نَعْرِفُهُ مَرْفُوعًا، إلا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَإِسْمَاعِيل بْنُ مُسْلِمٍ الْمَكِّيُّ، يُضَعَّفُ فِي الْحَدِيثِ مِنْ قِبَلِ حِفْظِهِ، وَإِسْمَاعِيل بْنُ مُسْلِمٍ الْعَبْدِيُّ الْبَصْرِيُّ، قَالَ وَكِيعٌ: هُوَ ثِقَةٌ، وَيُرْوَى عَنْ الْحَسَنِ أَيْضًا، وَالصَّحِيحُ عَنْ جُنْدَبٍ مَوْقُوفٌ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم وَغَيْرِهِمْ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكِ بْنِ أَنَسٍ، وقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّمَا يُقْتَلُ السَّاحِرُ إِذَا كَانَ يَعْمَلُ فِي سِحْرِهِ مَا يَبْلُغُ بِهِ الْكُفْرَ، فَإِذَا عَمِلَ عَمَلا دُونَ الْكُفْرِ، فَلَمْ نَرَ عَلَيْهِ قَتْلا. والحاكم في المستدرك، ٣٦٠/٤. وقال: صَحِيحُ الإِسْنَادِ، وَإِنَّ كَانَ الشَّيْخَانِ تَرَكَا حَدِيثَ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُسْلِمٍ، فَإِنَّهُ غَرِيبٌ صَحِيحٌ، وَلَهُ شَاهِدٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِهِمَا جَمِيعًا فِي ضِدِّ هَذَا.جميعا من حديث جندب بن جنادة.

(٣) انظر الموطأ، برواية محمد بن الحسن: رقم (١٥٦٩) وبرواية أبي مصعب: رقم (١١٥٢).

بعد إحصان، وقتل بغير نفس"[1].

ولا يُقَالُ هذا الحديث مخصص؛ لأن المسلم يُقتل بغير هذه، كالحرابة.

وإذا كان مخصصًا فلا يحتج به؛ لأن الصحيح عند علماء الأصول خلافه؛ ولهذا قال مالك: إن تَعَلُّمَ السحر كفر، وإن لم يعمل به[2].

وإذا ثبت أن حده القتل، فقال أصبغ: لا يُقتل حتى يثبت أن ما يفعله من السحر الذي وصفه الله بأنه كفر، ويكشف عن ذلك من يعلم حقيقته. وحكاه الطرطوشي عن قدماء الأصحاب.

الباجي: يريد ويثبت ذلك عند الإمام.

وقوله: (كالزنديق)، أي: فإن ظهر عليه قُتِلَ، ولم يُستتب، وإن جاء تائبًا تُرِكَ على الأصح.

هذا مقتضى التشبية، ونحوه في "الجواهر"؛ لأنه قال في الساحر: إذا طلع عليه، فقيل: لا يُقبل منه ما يدعيه من التوبة التي لا يعرف صدقه في دعواها إلا أن يأتي تائبًا منه قبل أن يطلع عليه، وهو اختيار القاضي أبي محمد.

وقال ابن الحكم، وأصبغ: هو كالزنديق، إن أظهر سحره قُبلت توبته، وإن كان مستسرًا به قُتل، ولم يستتب[3].

فظاهره أن المستسر بسحره لا تُقبل منه التوبة بالاتفاق، وإنما الخلاف إذا ظُهر على سحره، كالزنديق[4].

وظاهر ما في "الموازية" موافق لاختيار القاضي؛ لأن فيها لمالك: أن الساحر يُقتل، ولا يستتاب، وإن السحر كفر، وعلى هذا فلا يورث.

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، رقم (٦٨٧٨) ومسلم، رقم (١٦٧٨).

قال ابن بطال: ظاهر هذا الحديث يدل أن المحارب غير داخل فيه؛ لأن قاتل النفس في غير المحاربة إنما أمره في القتل أو الترك إلى ولي المقتول، وأمر المحارب إلى السلطان؛ لأن فساده في الأرض لا يلتفت فيه إلى عفو المقتول فعلمنا بهذا أن المحارب لا يدخل في هذا الحديث وإنما يدخل فيه القاتل الذي الأمر فيه إلى ولي المقتول إذا قتل فيه أو قتل نفسًا فكأنه على مجرى القصاص، ولو كان على العموم لوجب أن يقتل كل قاتل قتل مسلمًا عمدًا.

(٢) انظر: الذخيرة: ٣٢/١٢، وشرح خليل، للخرشي: ٩٧/٢٣.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٤٧/١٢.

(٤) انظر: الذخيرة: ٢٣/١٢، ومنح الجليل: ٣٦٢/١٩.

وقال ابن عبد الحكم، وأصبغ: يُورث إن كان مستسرًا بسحره، ولا يرثه ورثته إن كان مظهرًا له، وقتل، وماله لبيت المال.

وإلى هذا أشار بقوله: (وقيل: إن كان مستسرًا بسحره ورث)، وفهم منه أنه لا يورث على الأول مطلقًا.

وقوله: (حرًا أو عبدًا، ذكرًا أو أنثى)، يعني: لا فرق في الساحر بين أن يكون حرًا أو عبدًا، ولا بين أن يكون ذكرًا أو أنثى.

والمعروف من المذهب قتل الساحر[(١)].

وروى ابن نافع، عن مالك في "المبسوط": في المرأة تقر أنها عقدت زوجها عن نفسها أو غيرها أنها تُنَكَّلُ، ولا تُقتل. قال: ولو سحر نفسه، لم يُقتل بذلك. وهذا كله إنما هو فيمن يباشر السحر بنفسه.

وأما من ذهب إلى من يعلمه له، ففي "المُوَّازِيَّة": يؤدب أدبًا شديدًا، ولا يُقتل.

فرع

وإذا كان الساحر ذميًا، فَنَقَلَ الباجي، عن مالك: أنه لا يُقتل، إلا أن يدخل بسحره ضررًا على المسلمين، فيكون ناقضًا للعهد، فيقتل لنقض عهده، ولا تُقبل منه توبة غير الإسلام، وأما إن سحر أهل ملته، فليؤدب، إلا أن يَقْتُلَ أحدًا، فيُقتل به[(٢)].

وقال سحنون في "العتبية" في الساحر من أهل الذمة: يُقتل إلا أن يسلم فليُترك، كمن سب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ.

الباجي: فظاهر قول سحنون: أنه يُقتل على كل حال، إلا أن يُسلم بخلاف قول مالك: إنه لا يُقتل إلا أن يؤذي مسلمًا.

ونقل في "البيان " قولا: بأن الذمي إذا تزندق، أو سحر؛ يُقْتَلُ وإن أسلم.

---

(١) قال ابن بطال، ملخصا القول فيه: احتج أصحاب مالك بأنه لم تقبل توبته؛ لأن السحر باطن لا يظهره صاحبه فلا تعرف توبته كالزنديق، وإنما يستتاب من أظهر الكفر كالمرتد. قال مالك: فإن جاء الساحر أو الزنديق تائبًا قبل أن يشهد عليهما بذلك قبلت توبتها، والحجة لذلك قوله تعالى: ﴿فَلَمْ يَكُ يَنْفَعُهُمْ إِيمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا﴾ [غافر: ٨٥] فدل أنه كان ينفعهم إيمانهم قبل نزول العذاب بهم، فكذلك هذان قال مالك في المرأة تعقد زوجها عن نفسها أو عن غيرها: تنكل ولا تقتل.

(٢) قال الزرقاني: الذي ينبغي اعتماده أن ذلك يوجب انتقاض عهده، فيخير الإمام فيه. انظر: الزرقاني: ٨/٦٣.

فصل: في أحكام ولد المرتد

(ص): (وولد المسلم المرتد يرتد كالمرتد، ولا يُقتل إلى أن يبلغ، ولا تؤكل ذبيحته، ولا يُصلى عليه)

(ش): يعني أن المسلم إذا ارتد، وكان له ولد فارتد أيضًا، فإن الولد حكمه حكم المرتد، لكن لا يُقتل إلى أن يبلغ[1].

فقوله: (المرتد): صفة للمسلم، وقوله: (يرتد): صفة للولد.

وكلام المصنف إنما يتناول المولود قبل الردة.

وقد تكلم في "الجواهر " على المولود قبلها وبعدها، فقال: وأما ولد المرتد، فلا يلحق به في الردة إذا كان صغيرًا؛ إذ تبعية الولد لأبية في الدين إنما تكون في دين يقر عليه، فإن قُتل الأب على الكُفر بَقِيَ الولد مسلمًا، فإن أَظْهَرَ خلاف الإسلام أُجبر على الإسلام، فإن غفل عنه حتى بلغ، ففي إجباره على الإسلام خلاف إذا وُلِدَ قبل الردة، ثم في كونه بالسيف، أو بالسوط خلاف أيضًا، وإن وُلِدَ بعدها أُجبر، وإن بلغ.

وقيل: إن بلغ تُرك، ولا يكون كمن ارتد[2].

وفُهِمَ من قول المصنف: (يرتد) أن الولد لو لم يرتد لم يتبع أباه، كما صرح به في "الجواهر".

ومفهوم قوله: (إلى أن يبلغ) أنه إذا بلغ يُقتل، وهو أحد القولين اللذين حكاهما ابن شاس، وحكاه ابن حبيب عمن كاشف من أصحاب مالك.

وذكر في "البيان " عن ابن القاسم: أنه لا يُجبر بالقتل مطلقًا، سواء وُلِدَ قبل الردة، أو بعدها، وعن ابن كنانة: أنه إن لم يرجع الذي وُلِدَ له بعد الردة يُقتل. ووقع في نسخة (ع): وولد المسلم المرتد كالمرتد، وجعل المرتد صفة للولد[3].

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ٥١٣/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٥٣/١٢، والذخيرة: ٣٣٩/٤.

قال محمد: الحمل قبل الردة يجبر على الإسلام ما لم يحتلم، فيجبر عند ابن القاسم، وقال أشهب: يجبر بالضرب. قال ابن القاسم: المولود حال الردة يجبر قبل الحلم، لأن الردة لا يقر عليها فيتبعها الولد، فإذا بلغ ترك لاستقلاله وقال أيضا، في أهل حصن ارتدوا: يقتلون ولا تسبى ذراريهم، وقال سحنون: إذا ارتد ولحق بدار الحرب وولد له ثم تاب هو وولده وإلى ولد ولده فحكمه كحاكم جده ولا يسبى. انظر: الذخيرة: ٣٣٩/٤.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٢٠/١٨، وشرح خليل: ١٣٣/٢٣.

قال: وهو خلاف ما تكلم عليه في "الجواهر".

وهذا لأنه لم يقع في نسخته (يرتد)، وهي ثابته عندنا في النسخ، فليس كلامه خلافًا لابن شاس.

وقوله: (ولا تؤكل ذبيحته، ولا يُصلى عليه)، أي: إذا جعلنا له حكم المرتد، لم تؤكل ذبيحته، ولم يُصل عليه.

ووقع في بعض النسخ: (فلا تؤكل) بالفاء، وهي أحسن؛ لأنها تشعر بالعِلِّيَّةِ.

(ص): (ولو غُفِلَ عنه حتى بلغ استُتِيبَ على الأصح)

(ش): الظاهر أن هذا مرتب على كلامه السابق[1]، فيكون في الولد إذا ارتد لارتداد أبيه وكان قد وُلِدَ قبل الردة، وقد تقدم فيه من كلام صاحب " الجواهر " خلاف.

ومقابل الأصح لابن القاسم أيضًا في "العتبية": فيمن ارتد وله وُلْدٌ صغار، وأَبَوْا أن يُسلموا، وقد كبروا، فليُجْبَرُوا بالضرب، ولا يبلغ بهم القتل[2].

(ص): (وأما مَالُهُ فَيُوقَفُ. فإن تاب فله على الأصح، وإلا كان فَيْئًا)

(ش): قوله: (وإلا)، أي: وإن لم يتب، بل قُتل على ردته، فماله فَيْءٌ بالاتفاق. وأما إن تاب، فالأصح وهو مذهب "المدونة": أنه له[3].

ومقابل أنه أيضًا فَيْءٌ.

وتعقبه (ع): بأن ظاهره أنه يتفق على الإيقاف.

قال: (ولا فائدة في إيقافه على القول بأنه لا يرجع إليه).

(خ): والنقل كما قال المصنف، فقد قال ابن شعبان: ومن أصحابنا من يقول: إن مالَ المرتد إذا وُقف بارتداده، ثم تاب، أنه لا يُرَدُّ إليه؛ لأنه شيء وَجَبَ لغيره بردته.

وكلام ابن شاس ككلام المصنف، وفائدة الإيقاف على هذا القول لما قد يطرأ عليه من دين سابق، وللتأليف على الإسلام؛ لأنا إذا وقفنا المال يَتَوَهَّمُ هو أَنَّا إنما وقفناه له، فيسلم لذلك.

(ص): (ومال العبد إذا ارتد لسيده)

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ٥١٣/١.

(٢) انظر: شرح مختصر خليل: ٦٩/٨.

(٣) انظر: الذخيرة: ٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٠٨/٤، وشرح مختصر خليل، للخرشي: ٦٦/٨.

(ش): أي إذا قُتِلَ؛ لأنه يأخذ بالملك، لا بالميراث[١].

(ص): (وحكم الزوجة تقدم)

(ش): يعني في النكاح.

فصل: في جناية المرتد

(ص): (**وأما جنايته على الحر المسلم عمدًا، فإن لم يَتُب لم يُقَم عليه غير الفرية**)

(ش): لأن القتل يأتي على ذلك كله، وحكى صاحب " البيان " الاتفاق على ذلك.

قال في "المدونه": إلا القذف، وإليه أشار المصنف بقوله: (**غير الفريه**)، واستثنى لما يلحق بالمقذوف من المعرة، وقيد هذا في "الموازية" بأن يقذفه في بلد الإسلام، وأما في دار الحرب فإنه إذا أسر يسقط عنه حد القذف[٢].

(ص): (**وإن تاب قُدِّرَ جانيًا مسلمًا في القَود والعقل. وقيل: قُدِّرَ جانيًا ممن ارتد إليهم**)

(ش): القولان لابن القاسم بناء على اعتبار النظر في الجناية يوم الحكم، أو يوم الوقوع والقياس عنده يوم الجناية.

وزاد في "البيان " ثالثًا: اعتبار العقل يوم الحكم، والقَوْد يوم الفعل، وقد تقدم في موجبات الجراح هذا المعنى[٣].

(ص): (**ولو قَتَلَ حرًا مسلمًا وهرب إلى بلاد الحرب، فقال ابن القاسم: لا شيء لهم في ماله. وقال أشهب: لهم إن عَفَوْا الدية**)

(ش): خلافهما هنا مبني على أن الواجب في العمد هل هو القَوْد فقط، أو التخيير، لكن قد يعترض على أشهب بأن الخيار إنما هو حيث لا مانع، والقاتل هنا لو حضر لكان محبوسًا بحكم الارتداد، ولم يكن لأولياء الدم معه كلام.

(ص): (**أما لو جَنَى على عبد، أو ذمي؛ أُخِذَ من ماله**)

---

(١) قال اللخمي: الأحسن أن لمن ارتد حكم المرتد ولمن أسلم حكم المسلم. انظر: التاج والإكليل: ٥٢/١٢.

(٢) قال الخرشي: جناية المرتد خطأ على الذمي، وعلى الحر المسلم على بيت المال كما أن بيت المال يأخذ أرش الجناية عليه ممن جنى فكما يغرم عنه يأخذ ماله، فعليه ما عليه، وله ما له، وأما على العبد سواء كان عمدا، أو خطأ. انظر: شرح خليل، للخرشي: ١١٦/٢٣، والشامل، لبهرام: ١٧١/٢.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ٤٨٨/١.

(ش): هذا قسيم قوله أولا: (حرًا مسلمًا)، وإنما أُخذ من ماله؛ لأنه ترتب عليه، فلا يسقط عنه.

وهذا مذهب ابن القاسم في "المُوَّازِيَّة"، وبه أخذ محمد، وقاله أصبغ.

قال في "البيان": وعلى قياس قول سحنون الذي يرى أنه محجور عليه في ماله بنفس الارتداد، لا يكون ذلك في ماله، وإليه ذهب الفضل[1].

(ص): **(وإن قَتَلَ حرًا مسلمًا خطأً، فإن لم يَتُب، فالدية في بيت المال، وإن تاب فالدية على تفصيلها كالمسلم)**

(ش): لأنه إذا لم يتب يرثه بيت المال[2]، فلذا يعقل عنه، لكن تقييده بالمسلم ليس بظاهر؛ لأنه لو قَتَلَ ذميًا لكان كذلك، نص عليه أصبغ.

قوله: (وإن تاب، فالدية على تفصيلها)[3] يحتمل أن يريد بالتفصيل: دية المسلم، واليهودي، والمجوسي؛ ويحتمل أن يريد في النفس والجراح، ويكون إشارة إلى أن ما دون الثلث في ماله، والثلث فيما زاد على العاقلة. ولا يقال: ترد هذا أن المسأله مفروضة في القتل، ودية الحر المسلم لا تقبل النقص عن الثلث؛ لأنا نقول يجوز الكلام على أعم من فرض المسألة، كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ لَمَّا سُئِلَ عن ماء البحر: "هو الطهور ماؤه، الحل ميتته"[4].

وفي "البيان": يتحصل في دية من قَتَلَ المرتد خطأً إذا أسلم ثلاثة أقوال:

الأول: أن ذلك على عاقلته.

والثاني: أن ذلك على جماعة المسلمين.

والثالث: أن ذلك في ماله.

وفي المسألة قول رابع رُوِيَ عن أشهب: أن ديته على أهل الدين الذي ارتد إليه.

(ص): **(والجناية عليه تقدمت)**

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٢/٤٣، والشرح الكبير: ٤/٣٠٨، وشرح مختصر خليل، للخرشي: ٨/٦٦.

(٢) انظر: شرح خليل، للخرشي: ٢٣/١١٦، والشامل، لبهرام: ٢/١٧١.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٥، و٦/٢٨٢.

(٤) أخرجه الترمذي: رقم (٦٩) وقال: حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ، وَعُمَرُ، وَابْنُ عَبَّاسٍ لَمْ يَرَوْا بَأْسًا بِمَاءِ الْبَحْرِ، وَقَدْ كَرِهَ بَعْضُ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم الْوُضُوءَ بِمَاءِ الْبَحْرِ، مِنْهُمْ ابْنُ عُمَرَ، وَعَبْدُ اللهِ بْنُ عَمْرٍو، وَقَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ عَمْرٍو: هُوَ نَارٌ، وأبو داود، رقم (٨٣).

(ش): أي (أول الديات)، في قوله: (وفي المرتد ثلاثة)[١].

(ص): **(وعَقْلُهَا إن لم يَتُب للمسلمين، وإن تاب فَلَهُ، وعَمْدُهَا كالخطأ، ولو كان الجاني عبدًا أو ذميًا)**

(ش): أي عقل الجناية إذا لم يتب للمسلمين، كما يرثون سائر ماله، وإن تاب فله كماله، وهذا على المشهور في رجوع ماله إذا تاب[٢].

وجرحه عمدًا كالخطأ في أنه لا يقتص من الجاني، ولو كان عبدًا، أو نصرانيًّا؛ لأن المرتد على دين لا يقر عليه.

ولم يرد بقوله: (وعمدها كالخطأ)، إلا ما ذكرناه من عدم القصاص، لا أن العاقلة تحمل ذلك، وغير ذلك.

فصل: فيما يسقط بالردة من العبادات ونحوها

(ص): **(تسقط ما تقدم من العبادات حَقًّا لله من صلاة، وزكاة، وصيام، ونذر، ويمين، وظِهار، كالكافر الأصلي، بخلاف حق الآدمي)**

(ش): يعني أنَ الردة تسقط ما فرط فيه من صلاة ، وصيام[٣]، وغير ذلك من حقوق الله تعالى حال الردة[٤]، أو قبلها، فلذلك إذا تاب لا يؤمر بقضاء ذلك، وهو في ذلك كالكافر الأصلي.

وقوله: (وظهار)، أي: تنجز، وأما اليمين[٥] بالظهار، فسيأتي من كلام المصنف، وأنه يسقط، وكذلك اختصر الشيخ أبو محمد بن أبي زيد "المدونة" على سقوطها.

عياض: واختلف قول ابن القاسم في يمين الظهار عند محمد، قال: وقال بعض شيوخنا، وكذلك لفظ الكتاب: لو كان الظهار حنث فيه، فوجبت عليه الكفارة، لا

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٥٠١، ومنح الجليل: ١٩/٣٧٠.

(٢) انظر: الذخيرة: ١١/٢٦٤، والكافي: ٢/٩٩٣، والمدونة: ٤/٦١٥.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ١/٥١٤.

(٤) انظر: المدونة: ٢/٢٠٧، وشرح خليل، للخرشي: ٢٣/١٢٨، ومنح الجليل: ١٩/٣٩٤.

(٥) أيمان الطلاق لم ينص عليها ابن القاسم عليها في المدونة. انظر: منح الجليل: ١٩/٣٩٣، باب حقيقة الردة.

وقال: لكن كلامه يقتضي أن مذهب ابن القاسم فيها السقوط لأنه قال فيها: وإذا ارتد وعليه يمين بالله أو بعتق أو ظهار فالردة تسقط ذلك عنه. وقال غيره لا تطرح ردته إحصانه في الإسلام ولا أيمانه بالطلاق.

يسقطها ارتداده. وتأول على ذلك مسألة الكتاب، بخلاف لو كان لزمه مجرد الظهار، ولم يحنث فيه، فلا يسقطه ارتداده. قال: ومثله في "المُوَّازِيَّة".

وقوله: (بخلاف حق الآدمي)، فإنها لا تسقطه، بل يؤخذ بما كان للناس من قذف، أو سرقة، أو قتل، أو قصاص، أو غير ذلك.

(ص): (**وتُزيل الإحصان، فيأتنفانه إذا أَسْلَمَا**)

(ش)، أي: تزيل الردة إحصان الرجل والمرأة[1]، يأتنفانه إذا أسلما، فلذلك إذا زَنَيَا بعد الردة يحدان حد البكر، وإن كان قد تقدم منهما تزويج صحيح.

(ص): (**وردة المرأة تبطل إحلالها**)

(**ش**): يعني إذا طلق الرجل امرأته البتة، فتزوجت غيره، فحلت للأول، ثم ارتدت[2]، لسقط ذلك الإحلال، كما يسقط الإحصان[3].

ابن يونس: لأنها أبطلت فعلها في نفسها، وهو نكاحها الذي أحلها، كما أبطلت نكاحها الذي أحصنها.

(ص): (**بخلاف المحلل؛ لأن أثره في غيره**)

(ش)، أي: بخلاف ارتداد المحلل، فإن ردته لا تبطل إحلالها لمطلقها.

وقوله: (أن أثرة)، لإحلال.

وقوله: (في غيره)، أي: المطلق وهو المرأة.

(ص): (**كاليمين بالله، والعتق، وبالظهار**)

(**ش**): هذا تشبيه لأصل المسألة، وهو قوله: (وتُزيل الإحصان)، وكأنه والله أعلم قصد بذلك الاستدلال: أن ردة المرأة تزيل الإحصان والإحلال، كما تبطل اليمين بالله، وبالعتق، وبالظهار، وهكذا في "المدونة".

وقيده ابن الكاتب بالعتق غير المعين، قال: وأما المعين، فقد انعقد عليه في ماله لمعين، فلا يسقط كالمدبر.

سحنون: ولا يسقط حد الزنى؛ لأنه لا يشاء من وجب عليه حد أن يسقطه إلا أسقطه بالردة.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/٢٠٧، ومنح الجليل: ١٩/٣٩٣.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٥١٤.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٣٧٧، ومنح الجليل: ١٩/٣٩٥.

ابن يونس: وظاهر هذا خلاف "المدونة"، قال: وإنما استحب أنه إن علم منه أنه إنما ارتد ليسقط الحد قاصدًا لذلك، فإنه لا يسقط عنه ذلك، وإن ارتد لغير ذلك سقط عنه(١).

علي بن زياد، عن مالك: وإن ارتدت امرأة تريد بذلك فسخ النكاح، لا يكون ذلك طلاقًا، وتبقى على عصمته(٢).

ابن يونس: فأخذ به بعض شيوخنا، قال: وهو كشرائها زوجها تفتدي فسخ نكاحها.

(ص): **(وقيل: لا تُزيل الإحصان، ولا الإحلال كطلاق، إذ لا يتزوج مبتوتة قبلها إلا بعد زوج، وأُجيب بأن أثره في غيره، ولذلك لو ارتدت المبتوتة معه حلت)**

(ش): هذا مقابل قوله أولا: (وتُزيل الإحصان).

وقوله: (وردة المرأة تُبطل إحلالها)، يعني: أن ما تقدم هو المشهور(٣).

وقيل: لا تُزيلهما، كما لا تُزيل حكم الطلاق الثلاث.

وبين ذلك بقوله: (إذ لا يتزوج مبتوتة قبل الردة إلا بعد زوج).

وأُجيب عن هذا القياس: بأن أثر الطلاق في الزوجة، وهي غير المطلق(٤)، فلا يكون هذا كالإحلال والإحصان؛ لأنهما قائمان بهما، بخلاف أثر الطلاق، فإنه قائم بالزوجة، ولأجل أن أثر الطلاق فيها لو ارتدت المبتوتة ومطلقها معًا، ثم رَجَعَا إلى الإسلام، لَحَلَّتْ لمطقها؛ لأن أثر الطلاق قد بطل بالردة، وما ذكره من عدم إزالة أثر الطلاق الثلاث(٥).

عياض: ذهب أكثرهم إلى حمل قول ابن القاسم عليه، وذهب ابن زرب إلى أن مذهب ابن القاسم أن الردة تسقط الثلاث(٦)، ويجوز للمطلق ثلاثًا قبل ارتداده تزوجها بدون زوج، وحكى إسماعيل عن ابن القاسم نحوه، أبو عمران، وهو الأشهر عنه،

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ١٨/٣١٦، وحاشية الصاوي: ٢/٤٩.

(٢) انظر: منح الجليل: ١٩/٣٩٧، وحاشية الدسوقي: ٤/٣٠٧.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٣٧٧، ومنح الجليل: ١٩/٣٩٥.

(٤) انظر: الشرح الكبير، للدرديري: ٤/٣٠٧، وتهذيب المدونة: ١/٣٤٤.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي: ١٨/٣١٦.

(٦) انظر: شرح خليل، للخرشي: ٢٣/١٢٨، ومنح الجليل: ١٩/٣٩٤.

وحكى الدمياطي عنه خلافه.

(ص): (وتَبْطُلُ وصاياه قبل الردة وبعدها)

(ش): هكذا قال في النكاح: الثالث من "المدونة"[(١)]، وقال في أمهات الأولاد: وإن قُتل على ردته، عُتقت أم ولده من رأس ماله، وعُتق مدبروه في الثلث، وسقطت وصاياه[(٢)].

ابن يونس: وعلى قول أشهب: لا تبطل وصاياه إذا رجع إلى الإسلام، إلا أن يرجع عنها.

أصبغ: وإن ارتد سقطت وصاياه، فإن رجع إلى الإسلام، ثم مات، فإن كانت هذه الوصايا مكتوبة، جازت، وإلا لم تجز.

ووقع في بعض النسخ زيادة بعتق بعد قوله: (قبل الردة وبعدها)، وليس للتقييد بالعتق معنى.

(ص): (ويجب عليه الحج وإن تقدم)

(ش): لأنه لَمَّا ارتد بطل عمله، وهذا هو المشهور[(٣)]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أُوحِيَ إِلَيْكَ وَإِلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكَ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [الزمر: ٦٥].

وقيل: لا يجب عليه إن كان قد حج، بناء على أن الردة إنما تبطل العمل بشرط الوفاة على الكفر[(٤)]؛ لقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ وَلا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢١٧].

والأول أظهر؛ لأن هذه الآية الكريمة رُتِّبَ فيها شيئان على شيئين، فالإحباط

---

(١) انظر: المدونة: ٢/٢٢٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٣٧٧، والبدائع: ٢/٤، ٥٣، ١١٧، ٧/١٣٦، ومغني المحتاج: ١/١٣٠، ٤٠٨.

(٣) انظر: تهذيب المدونة: ١/٢٥٥، والتنبيهات: ١/٣٢.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١١/٤٢٤.

مرتب على الردة، والخلود مرتب على الموت على الكفر[١].

وأيضًا فإن قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢١٧]، نص على بطلان العمل بمجرد الردة، والآية الأخرى نص في الإحباط بالموت على الكفر، وهي إنما تنفي الإحباط بمجرد الردة بطريق المفهوم[٢]، والمفهوم إنما يعمل به إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه.

(ص): (ومن انتقل من كفر إلى كفر أقر عليه)

(ش): هو المشهور، ورُوِيَ أنه يُقتل؛ لخروجه عن العهد الذي انعقد له، إلا أن يُسلم.

وذكر صاحب " البيان": في الذمي يتزندق ثلاثة أقوال[٣]:

الأول: أنه يُترك. والثاني: أنه يُقتل وإن أسلم. والثالث: أنه يُقتل إلا أن يسلم[٤].

فصل: في الصغير المميز

(ص): (ويحكم بإسلام المميز على الأصح)

(ش): تكلم على إسلامه، وليس من باب الردة؛ ليرتب على ذلك ردته، ولما كان الإسلام تارة يكون بالاستقلال، وتارة بالتبعية؛ تَكَلَّمَ أَوَّلا في الاستقلال[٥].

والأصح ذكره ابن شاس في اللقيط[٦] أنه ظاهر المذهب[١].

(١) انظر: الذخيرة: ٣٣٨/٤، وشرح الأزهري: ٢٩٦/٢.

(٢) المفهوم: هو ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق، أي يكون حكما لغير المذكور، وحالا من أحواله، كتحريم ضرب الوالدين المفهومة حرمته من قوله تعالى: ﴿فلا تقل لهما أف﴾ [الإسراء: ٢٣] الدال منطوقا على تحريم التأفيف. وانظر: جمع الجوامع: ١ / ٢٤٠، وفواتح الرحموت: ١ / ٤١٣، ٤١٤، وإرشاد الفحول: ص ١٧٨، وابن عابدين: ١ / ٧٥، وقواعد الفقه للبركتي، والحطاب: ١ / ٣٧، وروضة الناظر: ٢ / ٢٠٠.

(٣) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: ٣٨٨/١٦، و٤٤٤.

(٤) انظر: الجواهر: ٤٤٢/٢.

(٥) الاستقلال: بمعنى الارتفاع، وهي صيغة مبالغة من استقل، بمعنى ارتفع.
والتبعية: أي الشيء يكون تابعا لغيره

(٦) قال ابن منظور: اللقيط: على وزن فعيل، بمعنى مفعول، وهو الذي يأْخذ الصبي أَو الشيء الساقِط يقال له: المُلْتَقِطُ وفي الحديث: المرأَةُ تَحُوز ثلاثةَ مَوارِيثَ عَتِيقَها ولَقِيطَها وولدَها الذي لاعَنَت عنه. اللَّقِيطُ الطِّفل الذي يوجَد مرْمِيّاً على الطُّرق لا يُعرف أَبوه ولا أُمّه وهو في قول عامة =

وذكر في "البيان " في باب الجنائز[٢]: أنه مشهور قول ابن القاسم؛ لأن المعرفة بالله تعالى تصح من المميز[٣].

ومقابل الأصح لابن القاسم أيضًا، وسحنون: أنه لا يحكم له بحكم الإسلام وإن عقله، وأجاب إليه ما لم يبلغ.

(ص): **(ويُجْبَرُ إن رجع)**

(ش): هذا مفرع إلى الأصح، أي: إذا حكمنا بإسلامه، وَجَبَ إجباره[٤].

قال ابن شاس: وإن بلغ وأقام على رجوعه، كان مرتدًا يُقتل.

(ص): **(ويُحكم بإسلامه تبعًا كغير المميز وكالمجنون؛ لإسلام الأب دون الأم، وقيل: والأم، وقيل: إلا أن يكون مراهقًا كاثنتي عشرة سنة، فيُترك)**

(ش): يعني أن الأب إذا أسلم، حُكِمَ بإسلام ولده مميزًا كان، أو غيره؛ تبعًا له، وكذلك يُحكم على ولده المجنون بالتبعية، والظاهر أن مراده بالمجنون: البالغ[٥].

وتقييد (ع): له بأن يكون قبل البلوغ. ليس بظاهر؛ لأنه يلزم منه التكرار؛ إذ هو صبي غير مميز، ولا تبعية للأم.

وقال ابن وهب: يتبع من كان من الأبوين أحسن دينًا[٦]، وإليه أشار بقوله: (وقيل: والأم)، فالواو بمعنى: أو.

(ع): وقيل: لا يتبع إلا الأم كالحرية.

وقوله: (إلا أن يكون مراهقا[٧]) هو استثناء من قوله: (ويحكم بإسلامه تَبَعًا)، أراد

=

الفقهاء، حُرّ لا وَلاء عليه لأحد، ولا يَرِثُه مُلْتَقِطه، وذهب بعض أهل العلم إلى العمل بهذا الحديث على ضَعفه عند أكثر أهل النقل.

(١) انظر: الجواهر: ٣/٩٩٩.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٢/١٦٤.

(٣) انظر: الجواهر: ٣/٩٩٩.

(٤) انظر: الإشراف: ٢/٦٨٤، والكافي: ص ٤٨٥، وتهذيب المدونة: ٢/٢٤٩.

(٥) انظر: المدونة: ٢/٣١٠، وتهذيبها: ٢/٢٤٩، ومنح الجليل: ٩/٢٣٦.

(٦) وهذا قول أصبغ، وانظر: الجواهر: ٣/٩٩٩، وشرح دود ابن عرفة: ٥/٢٠٠، ومنح الجليل: ٩/٢٢٦.

ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

(٧) قال ابن منظور: مراهِق إذا قارب الاحتلام، والمُراهِق الغلام الذي قد قارب الحُلُم، وجارية

=

به قول مالك في "المدونة": ومن أسلم وله ولد مراهق من أبناء ثلاثة عشر عامًا، وشبه ذلك، ثم مات الأب، وُقف ماله إلى بلوغ الولد، فإن أَسلم وَرِثَ، وإلا لم يرث، وكان المال للمسلمين، ولو أسلم الولد قبل احتلامه، لم يتعجل أخذ ذلك حتى يحتلم؛ لأن ذلك ليس بإسلام، ألا ترى أنه لو أسلم، ثم رجع إلى النصرانية، أُكره على الإسلام، ولم يُقتل.

ولو قال الولد: لا أُسلم إذا بلغت، لم يُنظر إلى ذلك، ولا بد من إيقاف المال إلى احتلامه[١]. انتهى.

(خ): انظر قوله في "المدونة": ولو أسلم الولد قبل احتلامه[٢]، لم يُتعجل إلى آخره، خلاف ما صَحَّحَهُ المصنف من الحكم بإسلام المميز، لكن قد أخذ غير واحد[٣] القولين من "المدونة"، وعلى الحكم بإسلامه له الميراث؛ لأنه لو رجع إلى النصرانية، أُجبر بالضرب حتى يُسلم، أو يَموت[٤].

(ص): (ولذلك يوقف ميراثه منه ولو أسلم حتى يبلغ؛ لأنه لو رجع لم يُقتل)

(ش): قد تَقَدَّمَ هذا في نص "المدونة"[٥].

(ص): (ولو أَقَرَّ بعد إسلامه حتى راهق فقولان)

(ش): هما في "المدونة" ونصها: ومن أسلم وله أولاد صغار، فأقرهم حتى بلغو اثنتي عشرة سنة، وشبه ذلك، فَأَبَوْا الإسلام، فلا يُجْبَرُون[٦]، وقال بعض الرواة: يُجْبَرُون وهم مسلمون، وهو أكثر مذاهب المدنيين[٧].

(ص): (وتَبَعًا للسَّابي المسلم إن لم يكن معه أبوه)

=

مراهِقة، ويقال: جارية راهِقة، وغلام راهِق وذلك ابن العشر إلى إحدى عشرة. انظر: لسان العرب: ١٠/١٢٨.

(١) انظر: المدونة: ٢/٣٠٨، و٣٠٩، والتاج والإكليل: ٨/٣٧٩، ومنح الجليل: ٩/٢٢٧.

(٢) انظر: المدونة، ص ١٨٥، وهو المعروف من المذهب.

(٣) وهو قول ابن يونس، وعبد الحق الصقلي. انظر: منح الجليل: ٩/٢٢٧.

(٤) انظر: مختصر ابن عرفة: ٣/٢٠٦، ومنح الجليل: ٩/٢٢٧.

(٥) انظر: المدونة: ص ١٨٨.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ١٦/٤٣٨، والذخيرة: ٤/٣٢٤.

(٧) انظر: البيان: ٢/٢١٤، والذخيرة: ٤/٣٢٤، والمدونة: ٢/٣٠٩.

(ش): نحوه في "الجواهر"، وهو خلاف[١] "المدونة"؛ لقوله: (ومن اشترى صغيرًا من العدو أو وقع في سهمه من المغنم، فمات صغيرًا، لم يُصَلَّ عليه، وإن نوى به سيده الإسلام إلا أن يُجيب إلى الإسلام بأمر يُعرف أنه عقله، وهذا إذا كان كبيرًا يعرف ما أجاب إليه)[٢].

وفي "البيان " في باب المرتدين[٣]: وأما إن سُبِيَ وقد عقل دينه، فلا أذكر نص خلاف فيه أنه لا يجبر.

قال: (ويدخل فيه الاختلاف بالمعنى على بُعْدٍ، وهو أن لا يعتبر بكونه ممن يعقل دينه، على قياس القول بأنه: إذا أسلم حينئذ، لم يُعتبر إسلامه، فيكون لسيده أن يُجبره على الإسلام)[٤].

وحُصِّلَ فيه إذا لم يعقل دينه ستة أقوال:

الأول: أنه يُجبر مطلقًا.

الثاني: أنه لا يُجبر مطلقًا.

الثالث: أنه يُجبر إن لم يُسْبَ معه أحد أبويه.

الرابع: أنه يُجبر وإن سُبي معه أحد أبويه، إذا لم يكن معه في ملك واحد.

الخامس: أنه يجبر إن لم يسب معه أبوه، ولا يُلتفت إلى أُمِّهِ.

السادس: يُجبر وإن سُبِيَ معه أبوه، إذا لم يكن معه في ملك واحد.

(ص): (وتبعًا للدار فيحكم بإسلام اللقيط، كما تقدم)

(ش)، أي: في باب اللقيط، وحاصل كلامه: أن للتبعية ثلاثة أسباب: إسلام الأب، وإسلام السابي، وإسلام الدار[٥].

باب الزنى

فصل: في تعريف الزنى وحكمه

---

(١) انظر: الجواهر: ٣/٩٩٩. وقد فصل القول فيه على ثلاثة أقوال:

(٢) انظر: المدونة: ١/١٧٨، و١٧٩.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٢/٢١٤.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١٦/٤٣٨.

(٥) انظر: الجواهر: ٣/١٠٠٠، وقيل: يحكم باللقيط على حسب قرى المسلمين ومواضعهم، فإن كان في قرى الشرك فمشرك.

(ص): (**الزنى: وهو أن يطأ فرج آدمي لا مِلك له فيه باتفاق متعمدًا**)

(ش): الزنى مقصور عند أهل الحجاز، قال الله العظيم: ﴿وَلا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلا﴾ [الإسراء: ٣٢].

ونقل الجوهري: عن أهل نجد أنهم يمدونه.

عياض: فمن مَدَّهُ، ذَهَبَ إلى أنه من فعل اثنين كالمقاتلة، ومن قَصَرَهُ جعله اسم الشيء نفسه[١].

ولا خفاء في تحريمه كتابًا[٢]، وسُنَّة[٣]، وإجماعًا، بل في كل مِلَّةٍ[٤].

وعَرَّفَهُ المصنف رحمه الله تعالى بقوله: (وهو أن يطأ... إلى آخره).

فإن قوله: (يطأ)، كالجنس، واحترز بالفرج من الوطء بين الفخذين، ونحو ذلك، وبالآدمي من البهيمة كما سيأتي، وسيتكلم المصنف على ما احترز عنه بالتفصيل.

وأُورد أن قوله: (أن يطأ) لا يصدق إلا على الرجل فقط، فلا يتناول الزانية[٥].

وأُجيب[٦]: بأن الوطء مصدر لا يمكن وقوعه إلا بين اثنين، فَذِكْرُ أحدهما

---

(١) انظر: التنبيهات: ١٩٦/٢، والتقييد: ٢٦٧/٦.

(٢) انظر: إلى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لا يَدْعُونَ مَعَ اللهِ إِلَهًا آخَرَ وَلا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلا بِالْحَقِّ وَلا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا (٦٨) يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا﴾ [الفرقان: ٦٨-٦٩]

(٣) ومن السنة، ما أخرجه البخاري من حديث عبد الله بن مسعود، رقم (٤١٤٤) قَالَ: سَأَلْتُ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم، أَيُّ الذَّنْبِ أَعْظَمُ عِنْدَ اللهِ؟ قَالَ: "أَنْ تَجْعَلَ لِلهِ نِدًّا وَهُوَ خَلَقَكَ"، قُلْتُ: إِنَّ ذَلِكَ لَعَظِيمٌ، قُلْتُ: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: "وَأَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ تخافُ أَنْ يَطْعَمَ مَعَكَ"، قُلْتُ: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: "أَنْ تُزَانِيَ حَلِيلَةَ جَارِكَ".

(٤) كان تحريم الزنا في كل الأديان والملل، وحده أيضا، ففي سنن أبي داود، من حديث عبد الله بن عمر، أَنَّهُ قَالَ: "إِنَّ الْيَهُودَ جَاءُوا إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم فَذَكَرُوا لَهُ أَنَّ رَجُلا مِنْهُمْ وَامْرَأَةً زَنَيَا، فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم: مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَاةِ فِي شَأْنِ الزِّنَا؟ فَقَالُوا: نَفْضَحُهُمْ وَيُجْلَدُونَ، فَقَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ سَلامٍ: كَذَبْتُمْ إِنَّ فِيهَا الرَّجْمَ، فَأَتَوْا بِالتَّوْرَاةِ فَنَشَرُوهَا فَجَعَلَ أَحَدُهُمْ يَدَهُ عَلَى آيَةِ الرَّجْمِ، ثُمَّ جَعَلَ يَقْرَأُ مَا قَبْلَهَا وَمَا بَعْدَهَا، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللهِ بْنُ سَلامٍ: ارْفَعْ يَدَيْكَ، فَرَفَعَهَا فَإِذَا فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَقَالُوا: صَدَقَ يَا مُحَمَّدُ فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَأَمَرَ بِهِمَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم فَرُجِمَا، قَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ عُمَرَ: فَرَأَيْتُ الرَّجُلَ يَحْنِي عَلَى الْمَرْأَةِ يَقِيهَا الْحِجَارَةَ".

(٥) انظر: شرح حدود ابن عرفة: ٦٣٧/٣، والتاج والإكليل: ٣٨٩/٨.

(٦) انظر: شرح ابن ناجي: ٢٥٦/٢.

مستلزم للآخر.

وأُورد بأنه غير جامع؛ لأنه لا يدخل تحته شيء من أفراد المحدود؛ إذ قوله: (آدمي) حقيقة في الذكر، وذلك إنما يُسَمَّى لواطًا[١].

وأُجيب: بأن المراد بالآدمي: الجنس، والزنى يعم اللواط وغيره، ولا يمتنع أن يكون لبعض أنواع الماهية اسم يخصه.

وأُورد أيضًا أنه لا يتناول ما إذا وطئ الإنسان مملوكه الذكر؛ لأنه لا يصدق عليه قوله: (لا ملك له فيه)؛ لأن له فيه مِلكًا.

وأُجيب: بأن المراد بالملك التسليط الشرعي، أو شبهه، ولأن قوله: (فيه) عائد على الفرج، وفرج الذكر لا ملك له فيه باعتبار هذا الفعل.

وأُورد أيضًا: أنه غير مانع؛ لدخول وطء الأب جارية ابنه؛ إذ لا ملك للأب فيها.

وأُجيب: بالمنع؛ لأن الملك كما ذكرناه هو التسليط الشرعي، أو شبهه، والأب له شبهة الملك في جارية ابنه، ولذلك لا يُحَد.

فصل: فيما يتناوله التعريف، وما لا يتناوله

(ص): **(فيتناول اللواط، وإتيان الأجنبية في دُبُرها، وفي كونه زنى، أو لواطًا قولان)**

(ش)، أي: فيتناول التعريف اللواط، وإتيان الأجنبية في دبرها[٢]؛ لأنه وطء فرج آدمي، وفي كون إتيان الأجنبية في دبرها زنى، فيجلد البكر، ويرجم المحصن، وهو مذهب "المدونة"[٣]، و"المُوَّازِيَّة"[٤]، و"الواضحة"[٥]؛ أو لواطًا، فيُرْجمان، وهو قول ابن القصار، ومنشأ الخلافِ النظرُ إلى كونه فرج امرأة، أو إلى كونه دبرًا[٦].

(ص): **(ولا يتناول المُسَاحَقَة[٧]، قال ابن القاسم: ذلك إلى اجتهاد الإمام، وقال**

---

(١) انظر: شرح ابن عبد السلام ٨٢/٥. هو اتيان الذكور من أدبارهم.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٠٢/٦.

(٣) انظر: المدونة: ٢١٣/٦، والمنتقى: ١٥٣/٩.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٢٦٨/١٤.

(٥) انظر: تبصرة الحكام: ٢٥٨/٢، ومنح الجليل: ٢٤٦/٩.

(٦) انظر: تهذيب المسالك: ٦٠٩/٥، ومواهب الجليل: ٣٨٦/٨.

(٧) سَحَقَ الشيءَ يَسْحَقُه سَحْقاً: أي دقَّه، وأشد الدقّ، وقيل: السَّحْق الدقُّ الرقيق: وقيل: هو الدقّ بعد الدقّ، وقيل: السَّحْق دون الدقّ. قال الأزهري: سَحَقَت الريحُ الأرض، وسَهَكَتها إذا قشرت وجه الأرض بشدة هبوبها، وسَحَقْت الشيء فانْسَحَق إذا سَهَكْته. قال ابن سيده: سَحَقَت الريحُ =

أصبغ: خمسين خمسين)

(ش): لأن الوطء عبارة عن الإيلاج، ولا إيلاج هنا[1]، واختُلف في حكمه، والأظهر قول ابن القاسم: أن ذلك موكول إلى اجتهاد الإمام[2]؛ لعدم الدليل على التحديد[3].

ووجه قول أصبغ، والله أعلم: أنه فعل كملت به لذاتهما، فكان في معنى الزنى الحقيقي، وهو بالنسبة إليهما سواء، فقسمت المائة بينهما[4].

(ص): (ويتناول المَيْتة، فيُحَدُّ واطؤها)

(ش): (ع): هو المشهور؛ لانطباق رسم[5] الزنى عليه.

وقال ابن شعبان: لا حد عليه[6]، يريد: وعليه الأدب؛ لأنه لا يحصل به من اللذة كما يحصل بالحَيَّة، وهذا إنما هو في الأجنبي، وأما الزوج: ففي "التنبيهات": الأكثرون

=

الأرض تَسْحَقُها سَحْقاً، إذا عَفَّت الآثار وانْتَسَفَت الدِّقاق، والسَّحْق: أثر دَبَرة البعير إذا بَرَأَت، وابْيَضَّ موضعها، والسَّحْق: الثوب الخلَق البالي، قال:

مُزَرِّد وما زَوَّدُوني غيرَ سَحْقِ عِمامة وخَمْسِ مِئٍ منها قَسِيٌّ وزائفُ

وجمعه سُحوق قال الفرزدق:

فإنَّك إن تَهْجو تَميماً وتَرْتَشِي بِتَأْبينِ قَيْسٍ أو سُحوق العَمائم

والفعل الانْسِحاق، وانْسَحَق الثوبُ وأسْحَق إذا سقط زئْبِره، وهو جديد، وسَحَقَه البِلى سَحْقاً قال رؤبة: سَحْقَ البِلى جدَّته فأَنْهَجا، وقد سَحَقَه البِلى ودَعْكُ اللُّبس، وثوب سَحْق وهو الخلَق، وقال غيره: هو الذي انْسَحَق، ولانَ وفي حديث عمر رضي الله عنه أنه قال: مَنْ زافَت عليه دَراهِمُه فَليَأْت بها السُّوقَ ولْيَشْتَرِ بها ثَوْبَ سَحْقٍ، ولا يُحالِفِ الناسَ أنها جِيادٌ. السَّحْق الثوب الخلَق الذي انْسَحَق وبَلِي، كأنه بعد من الانتفاع به، وانْسَحَقَ الثوبُ أي خلَق قال أبو النجم:

مِنْ دِمْنةٍ كالمِرْجَليّ المِسْحَق وأَسْحَق خفُّ البعير أي مَرَنَ

والإسْحاق ارتفاع الضرع ولزوقه بالبطن، وأَسْحَقَ الضرعُ يَبِسَ وبَلِي، وارتفع لبنه، وذهب ما فيه. انظر: لسان العرب: ١٠/١٥٢.

(١) انظر: حاشية الخرشي: ٨/٧٨، وحاشية العدوي: ٨/٧٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/٢٦٨، والبيان: ١٦/٣٢٣.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: ٤/٣١٤.

(٤) انظر: تبصرة الحكام: ٢/٢٥٨، والمنتقى: ٩/١٥٣.

(٥) الرسم: هو التعريف بالخاصية، وينقسم إلى نوعان: تام وهو التعريف بجزء الماهية، ورسم ناقص: وهو التعريف بالخارج وحده. انظر: التعريفات: ص١٤٧.

(٦) انظر: الذخيرة: ١٢/٤٩، والتقييد: ٦/٢٦٧.

من محققي أصحابنا لا يحد الزوج؛ لتقدم الإباحة، فكان ذلك شبهة[١].

(ص): **(والصغيرة يوطأ مثلها)**

(ش)، أي: ويتناول التعريف واطئ الصغيرة التي يوطأ مثلها، وقيده بأن (**يوطأ مثلها**)، كما في "المدونة"[٢].

اللخمي: يريد أنه إن عبث بصغيرة لا يُصاب مثلها، لا يُحد، وفي "مدونة " أشهب[٣] مثل ذلك، أنه لا يحد إذا زنى بصغيرة لا يجامع مثلها.

ابن عبد الحكم: لا يكون محصنًا[٤]، حتى يتزوج من تطيق الوطء، فإن كان مثلها يطيق الوطء، فعليه الرجم.

وقال ابن القاسم: يحد، وإن كانت بنت خمس سنين.

(ص): **(بخلاف المراهق، والمجنونة، والمجنون، فَيُحَدُّ المكلف منهما)**

(ش): ظاهره أن التعريف لا يتناولهم، وفيه نظر؛ لأنه يصدق على المراهق، والمجنون أنهما وطئا فرج آدمي، لكن هذا الكلام يبين أن فاعل قوله: (يطأ) في التعريف عائد على المكلف.

وما ذكره من عدم حد المراهق هو المشهور[٥].

(ع): وضمير التثنية في قوله: (منهما) راجع إلى كل اثنين تقدم ذكرهما، كالكبير مع الصغيرة، والعكس، والمجنون مع العاقلة، والعكس[٦].

(خ): وفيه نظر؛ لأن قوله: (الصغيرة يطؤها الكبير أو العكس) ليس بظاهر؛ لأنه يلزم على كلامه إذا وطئ الكبيرة صغير أن الكبيرة تحد، وليس كذلك، بل ضمير التثنية في قوله: (منهما) عائد على المجنون، والمجنونة، أي: يحد المكلف إذا وطئ مجنونة، والمكلفة إذا مكنت من نفسها مجنونًا تُحَدُّ[٧].

(ص): **(ولا يتناول البهيمة، فلا يُحَدُّ على الأصح، ويُعزر، والبهيمة كغيرها في**

(١) انظر: معونة الطالب: ٥٨/٧.

(٢) انظر: المدارك: ٢٥٣/٣، واصطلاح المذهب: ص ١٠١.

(٣) وهو كتاب جليل نافع، ألف على غرار الأسدية، مخالفا لابن القاسم في معظم آرائه.

(٤) انظر: الحاوي، والمقدمات: ٢٥٣/٣.

(٥) انظر: الذخيرة: ٣١٩/٤، والتقييد: ٢٦٧/٦.

(٦) انظر: شرح ابن عبد السلام: ٨٣/٥، والألفاظ المبينات: ٢٠٧/٢.

(٧) انظر: تهذيب المدونة: ٤٠٨/٤، وتبصرة الحكام: ٢٥٧/٢.

الذبح والأكل باتفاق)

(ش): لأنه لا يصدق عليه أنه وطئ فرج آدمي، ولاشك في تعزيره[١].

ومقابل الأصح في كتاب ابن شعبان[٢]، ورأى أنه أَتَى فرجًا مشتهى[٣].

وفي الترمذي: أنه عليه الصلاة والسلام، قال: "مَنْ أَتَى بهيمة، فلا حَدَّ عليه".

الترمذي: وهذا أصح من الحديث الأول، والعمل على هذا عند أهل العلم.

وأشار بالحديث الأول إلى ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: أنه عليه الصلاة والسلام، قال: "من وجدتموه وقع على بهيمة فاقتلوه، واقتلوا البهيمة".

فقيل لابن عباس: ما شأن البهيمة؟ قال: "ما سمعت من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ذلك شيئًا، ولكن أرى رسول الله كَرِهَ أن يؤكل من لحمها، أو يُنتفع بها"[٤].

والاتفاق الذي حكاه المصنف رحمه الله تعالى على أن البهيمة كغيرها في الذبح والأكل نقله الطرطوشي رحمه الله تعالى[٥].

فصل: في سقوط الحد

(ص): **(لا مِلك له فيه يُخرج الحلال، والحائض، والمُحْرِمة، والصائمة، والمملوكة المُحَرَّمة بِنَسَبٍ لا يُعتق، أو صهر، أو رضاع، أو شركة، أو عِدَّة، أو تزويج)**

(ش): لما تكلم على قوله في التعريف: (أن يطأ فرج آدمي) أتبعه بالكلام على قوله: (لا مِلك له فيه)، وذكر أنه يخرج بهذا مَنْ وطؤها له حلال من زوجة، أو أَمَة، ولكن عرض فيهما عارض كالحيض، والإحرام، والصيام[٦]، ويخرج أيضًا من وَطِئَ مملوكته المحرمة عليه، وذلك التحريم: إما بنسب لا يعتق عليه كالخالة، والعمة؛ وإما بصهر، أو رضاع، أو شركة، فإنه لا حد عليه في ذلك كله، ولو كان عالمًا بالتحريم:

---

(١) انظر: المدونة: ٢١٣/٦، والتفريع: ٢٢٥/٢، والفواكه الدواني: ٢١٣/٢.

(٢) لعله كتاب الزاهي.

(٣) انظر: تبصرة الحكام: ٢٥٨/٢، وشرح زروق: ٢٦٦/٢، والجواهر: ١١٤٦/٣.

(٤) أخرجه الترمذي: رقم (١٤٥٥) وقال: لا نَعْرِفُهُ إِلا مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ أَبِي عَمْرٍو، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم. وأيضا أبو داود، رقم (٤٤٦٤) وابن ماجه، رقم (٢٥٦٤).

(٥) انظر: التاج والإكليل: ٣٩٢/٨، ومنح الجليل: ٢٥١/٩.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٢٣٤/١٤، ومعونة الطالب: ٥٩/٧.

نعم يؤدب[(١)].

وإذا حملت منه من هي[(٢)] محرمة عليه، عتقت عليه.

ومن سماع عيسى: لا تعتق عليه، وتستخدم بالمعروف[(٣)].

وأما إن لم تحمل، فرُوِيَ عن ابن القاسم[(٤)]: أنها تُباع خوفًا أن يعاود.

وقوله: (لا يُعتِق) هو بضم الياء، وكسر التاء في محل صفة لنَسب.

واحترز من النسب الذي يوجب العتق، فإن فيه الحد، كما سيأتي.

ورأى أن قوله: (لا يُعْتِق) كالصفة التأكيدية، ولو حذفها، لاستُغْنِيَ عنها؛ لأن البنت مثلا تعتق بنفس الملك، فلا يصدق على واطئها أنه وطئ مملوكة.

وقد يُجَابُ عنه: بأنه إنما يمنع من دوام الملك، لا من أصله؛ بدليل ثبوت الولاء، ولأنها لا تعتق عليه إلا بالحكم على أحد القولين، وسيأتي.

وقوله: (أو عدة)، أي: ملكها، وهي في عدة من زوج.

وقوله: (أو تزويج)، يعني: أنه إذا زوج أمته، حرمت عليه، لكنه إن وطئها لم يحد[(٥)].

(ص): **(والمتزوجها هو في عدتها على الأصح)**

(ش)، أي: ويخرج فرج المرأة التي تزوجها، فحذف الموصوف، وأبرز الضمير؛ لجريان الصفة على غير من هي له؛ لأنها جرت على المرأة، وهي في المعنى للرجل[(٦)].

والأصح هو المشهور: لا حد على من تزوج معتدة، ويلحق به الولد[(٧)].

ومقابل المشهور[(٨)]: رواية بوجوب الحد، ونفي الولد، ورآه زنى[(٩)].

---

(١) انظر: الجواهر: ١١٤٦/٣، ومنح الجليل: ٢٥١/٩، ومواهب الجليل: ٣٨٩/٨، ٣٩٠.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٠٨/٤، ومواهب الجليل: ٣٩٠/٨.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١٠٨/٤.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٣٩٠/٨، ومنح الجليل: ٢٤٧/٩.

(٥) انظر: التفريع: ٢٢٣/٢، والنوادر والزيادات: ٢٧٤/١٤، وحاشية الدسوقي: ٣٠٧/٦.

(٦) انظر: شرح ابن عبد السلام: ٨٤/٥، والألفاظ المبينات: ٢٠٧/٢.

(٧) انظر: الموطأ: ٥٨١/١، والجواهر: ١١٤٦/٣، وعدة البروق: ص ٦٧٨.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٢٧٤/١٤، والجواهر: ١١٤٧/٣.

(٩) انظر:التاج والإكليل: ٣٩٠/٨، وحاشية العدوي: ٧٩/٨.

وناقض اللخمي المشهور هنا بأن المذهب حد متزوج الخامسة[١].

وكل منهما محرمة في وقت دون وقت، وربما قيل: إن تحريم المعتدة أشد؛ لأن عدتها تمنعها من نكاح كل أحد، وتحريم الخامسة مقصور على من عصمته أربع[٢].

وأُجِيب: بأن نكاح المعتدة ينشر التحريم، فلا تحل لآبائه، ولا لأبنائه؛ لشبهة النكاح، بخلاف المطلقة ثلاثًا، والخامسة: فإنه لا ينشر فيها تحريم[٣].

(خ): وفيه نظر؛ لأن نشر التحريم مبني على ثبوت الشبهة المسقطة للحد، فلا يحسن التفريق بذلك[٤].

(ص): **(أو على أمها قبل الدخول، أو أختها، أو عمتها، أو خالتها)**

(ش): هذا أيضًا معطوف، يعني: ويُخرج الذي تزوجها على أمها قبل الدخول بالأم، أما لو دخل بالأم، فإنه يحد[٥].

كذلك أيضًا يخرج ما إذا تزوج المرأة على أختها، أو عمتها، أو خالتها[٦].

وما ذكره في الأخت إن أراد به الأخت من الرضاع، فصحيح، لكن المتبادر إلى الذهن خلافه[٧]، وإن أراد به من النسب، فهو مذهب أصبغ[٨]، وخلاف ما في "المُوَّازِيَّة"، وما نقله صاحب " النكت " عن بعض شيوخه، قال: في النكاح الثالث؛ لأن تحريم الأختين من الرضاع بالسنة، وتحريمها بالنسب بالقرآن.

قال: وأما في تزويجه المرأة على عمتها، أو خالتها فلا يحد؛ لأنه تحريم بالسنة، وهذا أصل كل ما كان من تحريم السنة لا حد فيه، وما كان محرمًا بالكتاب ففيه الحد،

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٣٩٠/٨.

(٢) لعله يقصد حديث عبد الله بن عمر، في صحيح ابن حبان، رقم (٤١٥٧) والبيهقي في السنن الكبرى: ١٨١/٧، قَالَ: "أَسْلَمَ غَيْلانُ بْنُ سَلَمَةَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا وَيَتْرُكَ سَائِرَهُنَّ"، لَفْظُ حَدِيثِ إِسْحَاقَ، وَفِي رِوَايَةِ الشَّافِعِيِّ، أَنَّ غَيْلانَ بْنَ سَلَمَةَ الثَّقَفِيَّ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: أَمْسِكْ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ "

(٣) انظر: الشرح الكبير: ٣٠٧/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٠٧/٦.

(٤) انظر: عدة البروق: ص ٦٧٧، وما بعدها، وحاشية البناني: ١٣٥/٨، وحاشية الدسوقي: ٣٠٧/٦.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٠٤/٦، ومعونة الطالب: ٥٩/٧.

(٦) انظر: الشرح الكبير: ٣٠٨/٦، والتهذيب: ٤٦٦/٤.

(٧) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٠٨/٦.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٢٧٤/١٤، ومعونة الطالب: ٥٩/٧.

إذا لم يعذر بجهل. انتهى.

وذهب التونسي إلى ما ذكره المصنف، فقال: ولا فرق عندنا بين تزويج أخت على أخت سواء كانت الأخوة بالنسب، أو بالرضاع؛ لأن الآية الكريمة قد عمت تحريم الأخت بالنسب والرضاع[١].

(ص): (وتَخرج الأمَةُ يحللها سيدها، وتقوم عليه وإن أبَيَا)

(ش): ويُخرج بقولنا في التعريف: (لا ملك له فيه) الأمة المحللة، فلا يحد واطؤها؛ لأنه له شبهة ملك بالتحليل[٢] عالِمًا كان، أو جاهلا، وهذا هو المشهور، مراعاة لقول عطاء رضي الله عنه، فإنه أجاز التحليل ابتداء[٣].

وقال الأبهري: إن كان عالما حد، ولا يلحق به الولد؛ لأنه زان بوطئه من ليست بزوجة له، ولا ملك يمين، ولا هو جاهل بتحريم الوطء[٤].

وقوله: (وتُقَوَّمُ عليه وإن أَبَيَا)[٥]: ليس هذا من هذا الباب، ولكن ذكره تكميلا للفائدة، وإنما قُوِّمَتْ للتتم له الشبهة، ويُقَدَّرُ كأنه إنما وطئ ملكه[٦].

زاد في القذف من "المدونة": وتلزمه قيمتها، حملت أو لم تحمل، وليس لربها التمسك بها بعد الوطء[٧].

أبو عمران: وبعد الغيبة عليها؛ لأنه لا يُصدق مع الغيبة أنه لم يطأ.

قال في "المدونة": بخلاف وطء الشريك[٨].

ابن يونس: لأن وطء الشريك وطء عداء، وهذا قد أذن له، فإذا تماسك بها، صح ما قصداه من عارية الفروج[٩].

قيل: وحكم الذي يُنْكِحُ ابنته رجلا، ويدخل عليه أمته على أنها ابنته حكم من أحل

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٢٢٤، والألفاظ والمبينات: ٢/٢٠٧.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ٦/٣٠٣.

(٣) انظر: الشرح الكبير: ٦/٣٠٨

(٤) انظر: الذخيرة: ١٢/٦٥، والجامع: ١/٤١٤.

(٥) انظر: الشرح الكبير: ٦/٣٠٨، وانظر: منح الجليل: ٩/٢٥٢.

(٦) انظر: حاشية الدسوقي: ٦/٣٠٨.

(٧) انظر: المدونة: ٦/٢١٠، والتهذيب: ٣/٤٧٣.

(٨) انظر: المدونة: ٦/٢١٠، والتهذيب: ٤/٤٧٣.

(٩) انظر: الذخيرة: ١٢/٦٥، وشرح ابن عبد السلام: ٥/٨٤.

جاريته لرجل في جميع وجوهها، بخلاف من زوج أَمَتَهُ رجلا، وقال: هي ابنتي، فالولد حر، وعليه قيمته يوم الحكم[١].

فصل: في إقامة الحد

(ص): **(بخلاف تزويجها على أُمِّهَا بعد الدخول، أو البنت مطلقا)**

(ش): هذا مقابل قوله: (أو على أمها قبل الدخول)، يعني: وأما لو تزوج البنت بعد الدخول بالأم، فإنه يحد، وكذلك يحد إذا تزوج الأم على البنت، سواء دخل بالبنت أم لا، وهو معنى قوله: (مطلقًا)؛ لأن العقد على البنت يحرم الأم.

وما ذكره من الإطلاق هو ظاهر "المدونة" في النكاح الثالث؛ لأنه نص على الحد وأطلق.

وفصل اللخمي في باب القذف، فقال: وكذلك إن تزوج أم امرأته، فإن كان دخل بالابنة حد، وإن لم يدخل بها لم يحد؛ لاختلاف الناس في عقد الابنة هل يحرم الأم أم لا[٢]؟

(ص): **(وبخلاف المستأجرة للوطء، أو لغيره، فإنه يُحَدُّ)**

(ش)، يعني: ولا يكون عقد الإجارة شبهة[٣].

وقوله: (أو لغيره): كما لو استؤجرت للخدمة وشبهها، والأمة المودعة[٤]، والرهن عندنا كالمستأجرة[٥].

(ص): **(وفي ذات نصيبه من المغنم قولان)**

(ش): المشهور وجوب الحد، والشاذ لعبد الملك سقوطه؛ لأن له فيها نصيبًا[٦].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢٨/١٣، والمنتقى الجامع: ١٤١/٣.

(٢) لأن البنت محرما لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٣].

(٣) انظر: حدود ابن عرفة: ٥١٦/٢، والشرح الكبير: ٣٠٣/٦، ومنح الجليل: ١٨٠/٣.

(٤) انظر: شرح حدود ابن عرفة: ٤٤٩/٢.

(٥) انظر: السابق، ٤٠٩/٢، والمدونة: ٢٣٤/٦، والبيان: ٣٦٥/٥.

(٦) انظر: الجواهر: ٣٢٠/١.

وقيد ابن يونس هذا الخلاف بالجيش العظيم، وأما السرية فلا يُحَدُّ واطؤها اتفاقًا[١].

وكهذه المسألة سرقته من المغنم، والمشهور: القطع، خلافًا لعبد الملك في أنه لا يقطع، إلا أن يسرق فوق نصيبه بربع دينار[٢].

(ص): (وفي الحربية[٣] قولان)

(ش): قيد اللخمي الخلاف بما إذا زنى بها في دار الحرب؛ لأنه قال: (وإن زنى مسلم بحربية في أرض الإسلام حُدَّ)، واختلف إذا زنى بها في أرض الحرب، فقال ابن القاسم: يُحَدُّ، وقال عبد الملك في "المُوَّازِيَّة": لا حد عليه، وهو أقيس؛ لأن له أن يأخذ الرقبة ويتملكها، فإن لم يقدر إلا على المنافع، فله أخذها[٤]. انتهى.

قال بعضهم: ولا خلاف أنه إذا خرج بها إلى أرض الإسلام، ووطئها في سقوط الحد، وهو ظاهر؛ لأنها حينئذ ملكه[٥].

وعلى هذا فيكون معنى كلام اللخمي: إذا وطئها في أرض الإسلام حد، معناه: إذا دخلت بنفسها.

(ص): (وفي المُكره ثالثها إن انتشر حُدَّ، بخلاف المكرهة، فإنها لا تحد)

(ش): ذكر عياض أن على القول بحده أكثر أهل المذهب.

وأن على القول بسقوطه المحققين، أي: كاللخمي، وابن رشد، وابن العربي؛ لأنه وإن انتشر، فذلك أمر تقتضيه الطبيعة[٦].

والقول الثالث: لابن القصار[٧].

وقوله: (**بخلاف** المكرهة)، يعني: فإنها لا تحد اتفاقًا[٨].

(ص): (أما لو وطئ بالملك من يَعتق عليه، أو نكح المحرمة بنسب، أو رضاع، أو

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٠٤/٦.

(٢) انظر: التفريع: ٢٢٨/٢، والرسالة: ص ١٣١.

(٣) الحربية: الكافرة من أهل الكتاب، أو المشركين.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٢٦٧/١٤، والتبصرة: ٣٦٣/٣.

(٥) انظر: الشرح الكبير: ٣٠٤/٦، وشرح الخرشي: ٧٧/٨.

(٦) انظر: الذخيرة: ٤٩/١٢، ومنح الجليل: ٢٥٥/٩.

(٧) انظر: التاج والإكليل: ٣٩٤/٨، ومنح الجليل: ٢٥٥/٩، وعيون المجالس: ٢١١٣/٥.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٢٥٧/١٤، والذخيرة: ٦٨/١٢، وبداية المجتهد: ٦٤٤/٢.

صهر مؤبد، أو وطئها، أو طلق امرأته ثلاثًا، ثم وطئها في العدة، أو تزوجها قبل زوج ووطئها، أو طلقها قبل البناء واحدة، ثم وطئها بغير تزويج، أو أعتق أمته ثم وطئها، فإنه يُحَدُّ)

(ش): قوله: (فإنه يحد): هو جواب (أما)، يعني: لو ملك من يعتق عليه، وهم الآباء وإن عَلَوْا، والأبناء وإن سفلوا، والأخوة، والأخوات ووطئها، فإنه يُحَدُّ، إذا أتى ذلك عالمًا[1].

اللخمي: يريد وهو من أهل الاجتهاد، ورأيه أنها حرة بنفس الشراء، وإن كان رأيه أن لا تعتق، أو كان مقلدًا لمن لا يرى العتق، لم يحد.

محمد: ولو وطئ المرأة من تملكه هي، حُدَّتْ.

واستشكل شيخنا رحمه الله وجوب الحد هنا، وقال: ينبغي سقوطه؛ للاختلاف الذي عندنا في أن العتق إنما يكون بالحكم[2].

وقوله: (أو نكح المحرمة بنسب... إلى آخره): كما لو نكح أخته من النسب.

قال في "المدونة": إذا كان عالمًا بالتحريم[3]، وكذلك قيده في المحرمة من الرضاع.

وقوله: (أو صهر مؤبد): كما لو نكح البنت بعد الدخول بالأم.

(ع): وليس لوصفه تحريم الصهر بالتأبيد كبير فائدة، فإن تحريم الصهر لا يكون إلا مؤبدًا[4].

فإن قيل: قد تقدم أن بنت الزوجة غير المدخول بها غير محرمة.

قيل: هذا صحيح إذا لم يقع تحريم إلى الآن، والكلام إنما هو إذا حصل التحريم. انتهى بمعناه.

وقد يقال: إنا لا نسلم أن التحريم لا يحصل بالعقد على الأم؛ لأنه لا يجوز له في حال عقده على الأم نكاح البنت. نعم: التأبيد لم يحصل[5].

---

(١) انظر: المدونة: ٦/٢٠٢، وبداية المجتهد: ٢/٢٧٧.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ٦/٣٠٣.

(٣) انظر: المدونة: ٦/٢٠٢، والتهذيب: ٤/٤٦٦.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: ٦/٣٠٣.

(٥) انظر: السابق، ومنح الجليل: ٩/٢٥٦.

وقوله: (ووطئها): زيادة بيان.

وقوله: (أو طلق امرأته ثلاثًا): ظاهره سواء كان بلفظ البتة، أو الثلاث، وسواء كانت الثلاث مجتمعات، أو مفترقات، وهو ظاهر "المدونة"[(١)].

وقال أصبغ في البتة: لا يُحَدُّ عالمًا كان أو جاهلا؛ لقوة الخلاف في البتة هل هي واحدة أم لا؟

وقال في المطلقة ثلاثًا مثل ما في "المدونة"، إلا أنه قال في الجاهل: إنه لا يُحَدُّ استحسانًا[(٢)].

وتَأَوَّلَ صاحب " تهذيب الطالب"[(٣)] قوله في الثلاث على أنها مفترقات، قال: وأما إن كانت في لفظ واحد، فلا حد، عالمًا كان أو جاهلا، للاختلاف فيها.

وقال غيره: إن هذا التأويل على أصبغ، ظاهر "المدونة" خلافه، وأنه لا فرق في الثلاث بين أن تكون مفترقات، أو مجتمعات، لضعف قول من قال بإلزامه الواحدة في الثلاث[(٤)].

وهذه المسائل كلها مقيدة بما إذا كان عالمًا بالتحريم، أما الجاهل بالحكم فلا، كما سيأتي من كلام المصنف رحمه الله تعالى[(٥)].

(ص): **(وكذلك الخامسة على الأشهر)**

(ش)، أي: يحد فيها، والأشهر مذهب "المدونة"[(٦)]، بشرط أن يكون عالمًا بالتحريم، ومقابل الأشهر لم أره منصوصًا، وهو ضعيف، لشهرة التحريم الثابت بالكتاب[(٧)].

(ص): **(باتفاق يخرج النكاح بلا ولي، أو بغير شهود، ومثله المتعة على الأصح)**

---

(١) انظر: المدونة: ٢٠٢/٦، والتهذيب: ٤٧٠/٤، وما بعدها.

(٢) انظر: بيان المختصر: ٣٨١/٣، وإرشاد الفحول: ص ٣٤١.

(٣) هو الإمام عبد الحق الصقلي، المتوفي سنة ٤٦٠هـ، صاحب تهذيب الطالب وفائدة الراغب، شرح فيه المدونة.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٣٩١/٨.

(٥) انظر: مواهب الجليل: ٣٨٩/٨، والتاج والإكليل: ٢١٥/٦.

(٦) انظر: المدونة: ٢٠٧/٦، و٢١٣/٦، وجامع الأمهات: ص ٥٨، والتاج والإكليل: ٣٩٠/٨.

(٧) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٠٤/٦. قال تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣].

(ش)، أي: قولنا في التعريف: (باتفاق) يخرج النكاح بلا ولي، فلا حد فيه[١]؛ لأن أبا حنيفة يُجيزه[٢]، وبهذا تعلم أن مراده بالاتفاق اتفاق العلماء، لا اتفاق أهل المذهب[٣].

وقوله: (أو بغير شهود)، يعني: إذا دخل فيه ولم يشهد؛ لأن العقد عندنا صحيح[٤].

وقوله: (ومثله)، أي: في سقوط الحد، والأصح: مذهب "المدونة"[٥]، وغيرها.

قال في "المدونة": ويعاقب. قال في "الواضحة": والعالم أعظم عقوبة من الجاهل[٦].

ومقابله لابن نافع. ولعل منشأ الخلاف الخلاف في المحرم بالسنة.

(ع): وهذا الخلاف إنما هو إذا وجد الولي، والصداق، والشهود على نحو ما ذلك معتبر في غير نكاح المتعة[٧]، هكذا قال بعض كبارالشيوخ.

فصل: في دعوى الجهل

(ص): (مُتَعَمِّدًا يخرج المعذور بجهل العين مطلقًا، أو بجهل الحكم في مثل فيما ذُكِرَ إذا كان يظن به ذلك)

(ش)، يعني: وقولنا في التعريف: (مُتَعَمِّدًا) يخرج المعذور بجهل العين[٨]، أي: ظن أنها زوجته، أو أَمَته[٩].

وقوله: (مطلقًا)، أي: سواء كانت من المحرمات المذكورة فيما تقدم، أو من غيرها، وهذا إذا أقدم معتقدًا لذلك[١٠].

(ع): وأما إن أقدم عليها، وهو شاك، ثم تَبَيَّنَ له بعد الفراغ أنها أجنبية، فظاهر

(١) انظر: الجواهر: ١١٤٦/٣، والشرح الكبير: ٣٠٢/٦.

(٢) انظر: المبسوط: ١٠/٥.

(٣) انظر: الشرح الكبير: ٣٠٢/٦، والروض المربع: ص ٥٠٦.

(٤) انظر: الكافي: ص ٢٢٩.

(٥) انظر: المدونة: ١٦٦/٢، والجواهر: ١١٤٦/٣.

(٦) انظر: المدونة: ١٦٦/٢، والتهذيب: ١٥٢/٢، والنوادر والزيادات: ٢٧١/١٤.

(٧) هو المؤقت في العقد لأجل. انظر: التعارف: ص ٦٣٣.

(٨) انظر: الشرح الكبير: ٣٠٢/٦.

(٩) انظر: الجواهر: ١١٤٦/٣، وحاشية الدسوقي: ٣٠٢/٦.

(١٠) كأن يجد امرأة نائمة في منزله فيظنها حليلته فعلاها، انظر: منح الجليل: ٢٥١/٩.

كلامهم وإن لم يكن صريحًا سقوط الحد، ولعله مراد المؤلف بقوله: (مطلقا). انتهى.

وقوله: (فيما ذكر)، أي: في الصور المتقدمة، يعني: أن ما ذكرنا من وجوب الحد إنما ذلك إذا كان عالمًا بالتحريم، وأما إذا جهل التحريم، فلا حد، ويُقبل قوله، بشرط أن يظن به ذلك الجهل، كما قاله أصبغ بعد أن ذكر كثيرًا من مسائل هذا الفصل إذا كان مثل الأعجمي، وشبهه[١].

(ص): **(فلو كان زِنًى واضحًا، ففي عُذره قولان لابن قاسم وأصبغ[٢])**

(**ش**): لو قال: ففي نفي عذره لكان أحسن؛ لأن الذي نقله اللخمي وغيره، عن ابن القاسم: وجوب الحد، وعن أصبغ: نفيه، قال: واختلف إذا كان أعجميًا، أو حديث عهد بالإسلام، ولا يَعرف تحريم الزنى، فقال: في الكتاب يُحَدُّ، وقال أصبغ: **لا يُحَدُّ**، والأول أشهر، والثاني أقيس؛ لأن الحدود إنما تُقام على من قصد مخالفة النهي.

وقد اختُلِفَ فيمن أسلم بدار الحرب، ثم خرج إلى أرض الإسلام، فقال سحنون: لا قضاء عليه فيما ترك من الصلاة قبل خروجه إذا كان غير عالم بفرض الصلاة، وإذا سقط عنه الخطاب بالصلاة سقط عنه الخطاب بموجب الزنى. انتهى.

ورأى ابن القاسم: **أن** الزنى اشتهر تحريمه في جميع الأديان، فلا يعذر بجهل التحريم[٣].

(ص): **(وتَخرج المبيعة في الغلاء تُقر بالرِّق على الأصح)**

(ش)، أي: ويخرج قيد التعمد: الحرة المبيعة بسبب الغلاء في حال كونها مقرة لبايعها بالرق؛ لأنها معذورة بالجوع، وهذا قول مالك، رواه ابن القاسم: فيمن باع زوجته للغلاء[٤]، وبه قال ابن القاسم[٥].

ومقابل الأصح قول أصبغ: ولا تعذر بجوع، ولا غيره[٦].

أصبغ: وقد بانت من الزوج بثلاث، وطئها المشتري، أو لا[٧].

---

(١) انظر: المدونة: ٢٠٢/٦، ومواهب الجليل: ٣٩٣/٨، والذخيرة: ٥٠/١٢.

(٢) انظر: الشرح الكبير: ٣٠٢/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٠٢/٦.

(٣) انظر: المدونة: ٢٤٣/٦، والذخيرة: ٥٣/١٢.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٣٢٤/١٦.

(٥) انظر: الجواهر: ١١٤٨/٣، والذخيرة: ٦٨/١٢.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٢٦٥/٤، والتاج والإكليل: ٣٩٤/٨.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٢٦٥/١٤، والبيان والتحصيل: ٣٢٤/١٦.

وقال ابن وهب: لا يكون طلاقًا، ولكن إن طاوعته على البيع، وأقرت أن مشتريها أصابها طائعة، رُجِمَتْ، وإن قالت: استُكرهتُ، فلا حد عليها[١].

والخلاف هنا كالخلاف في حد السارق إذا سرق لجوع.

(ع): وذكر هذا الفرع في الإكراه أحسن، والغلاء ممدود.

فصل: أسباب سقوط الزنى

(ص): (ويَثبت الزنى بالإقرارا ولو مرة، وبالبينة، وبظهور الحمل)

(ش): لما تكلم على الزنى، شرع رحمه الله فيما يثبت به **الزنى**، ولثبوته أسباب:

الأول: الإقرار، ولو مرة، خلافًا لأبي حنيفة[٢]، وأحمد في اشتراطهما أربع مرات[٣]؛ لحديث ماعز[٤] رضي الله عنه حيث رده حتى أقر أربع مرات[٥].

وأُجيب: بأنه إنما رده؛ لأنه استنكر عقله، مع أن في بعضها مرتين وفي بعضها ثلاثًا، قاله أبو عمر[٦].

وعمدتنا: حديث العسيف[٧] الذي في الصحيحين: "واغْدُ يا أُنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت، فارجمها"[٨].

ولم يذكر عددا.

والثاني: البينة[٩]. والثالث: ظهور الحَمل.

خلافًا لأبي حنيفة، والشافعي[١٠]، ولنا ما في "الموطأ"[١١] من عمر رضي الله عنه:

---

(١) انظر: البيان: ١٦/٣٢٥، والنوادر والزيادات: ١٤/٢٦٦، والعتبية: ٥/٤٥٥.

(٢) انظر: البحر الرائق: ٥/٦، والمبسوط: ٩/٩٤.

(٣) انظر: الروض المربع: ص ٥٠٦، والمغني: ١٢/٣٥٢.

(٤) أخرجه البخاري، برقم (٦٨٢٤) عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، قَالَ: "لَمَّا أَتَى مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم، قَالَ لَهُ: "لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، أَوْ غَمَزْتَ، أَوْ نَظَرْتَ، قَالَ: لا يَا رَسُولَ اللهِ، قَالَ: أَنِكْتَهَا " لا يَكْنِي، قَالَ: فَعِنْدَ ذَلِكَ أَمَرَ بِرَجْمِهِ.

(٥) انظر: المدونة: ٦/٢٠٩، والتفريع: ٢/٢٢٢.

(٦) انظر: الاستذكار: ٧/٤٦٩، والتمهيد: ١٢/١١٧.

(٧) العسيف: الأجير.

(٨) متفق عليه: أخرجه البخاري: رقم (٢٣١٥) ومسلم، رقم (١٧٠١).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/٢٣٧، والتلقين: ٢/٥٠٢، والتمهيد: ٣/٩٧.

(١٠) انظر: الفتاوى الهندية: ٢/١٤٧، والهداية: ٤/١٣٧.

(١١) انظر: الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم، ص ٥٠٧.

(الرجم في كتاب الله عز وجل حق على من زنى من الرجال والنساء، إذا أحصن إذا قامت البينة، أو كان الحمل، أو الاعتراف).

(ص): **(فإن رجع إلى ما يُعذر به، قُبِلَ، وفي إكذاب نفسه قولان لابن القاسم، وأشهب)**

(ش)، يعني: إن رجع المقر بالزنى إلى ما يُعذر به، كما لو قال: أصبت امرأتي، أو جاريتي حائضًا، فظننت ذلك زنى، أو جاريتي، وهي أُختي من الرضاعة.

ابن المواز: ولم يختلف فيه أصحاب مالك، وحكى الخطابي عن مالك قولا: بعدم قبول رجوع المقر. واستغربه ابن زرقون[1].

وقوله: (وفي إكذاب نفسه)، يعني: لو قال: كذبت، ولم يبد عذرًا[2].

فقال ابن القاسم، وابن وهب، وابن عبد الحكم: لا يُحَدُّ. ورُوِيَ عن أبي بكر، وعمر وعلي، وأبي هريرة، وابن مسعود رضي الله عنهم: ورأوا أن ذلك شبهة؛ لاحتمال صدقه ثانيًا.

وقال أشهب: لا يعذر إلا بأمر يعذر به. ورُوِيَ عن مالك، وبه قال عبد الملك[3].

فرع

واختلف قول مالك في المقر بالزنى، وشرب الخمر يقام عليه بعض الحد، فيرجع تحت الجلد قبل التمام، فقال مرة: إن أُقيم عليه أكثر الحد، أتم عليه؛ لأن رجوعه ندم، ومرة قال: يُقبل، ولا يُضرب بعد رجوعه.

وهو قول ابن القاسم[4]، قيل: وهو قول جماعة العلماء، وقد هَرَبَ ماعز لما رُجِمَ فاتَّبَعُوه، فقال لهم: رُدُّوني إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ، فلم يردوه، فقال لهم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ: "هلا تركتموه، لعله يتوب فيتوب الله عليه"[5].

(ص): **(وفي ثبوت الإقرار باثنين قولان)**

---

(١) انظر: شرح ابن ناجي: ٢/٢٦٠.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٢٥، ومنح الجليل: ٩/٢٥٦.

(٣) انظر: النوادر، والزيادات: ١٤/٢٤٨، والمنتقى: ٩/١٥٥، وما بعدها.

(٤) انظر: جواهر الإكليل: ٢/٢٨٥، ومغني المحتاج: ٤/١٥١، ومنتهى الإرادات: ٣/٣٤٠.

(٥) أخرجه الترمذي: رقم (١٤٢٨) وقال: حَدِيثٌ حَسَنٌ، وَقَدْ رُوِيَ مِنْ غَيْرِ وَجْهٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَرُوِيَ هَذَا الْحَدِيثُ عَنْ الزُّهْرِيِّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم نَحْوَ هَذَا.

(ش): هذا الفرع مرتب على قول أشهب[1]، الذي لا يقبل رجوع المقر بالزنى إذا كان لغير شبهة.

وأما على قول ابن القاسم، فإنكاره كتكذيب نفسه[2].

ومنشأ الخلاف، هل هو معنى يترتب عليه حد الزنى، فلا يكون إلا بأربعة كالشهادة، أو معنى يثبت به سبب الحد، فيثبت باثنين كالإحصان[3].

(ص): **(ولو أقر بالوطء، وادعَيَا النكاح، وليسا غريبين، ولا بَيِّنَةَ، حُدَّا)**

(ش): الصواب تثنية فاعل (أَقَرَّ)؛ لقوله: (حُدَّا).

وشرط في الحد أن لا يكون غريبين، يعني: وأما الغريبان فلا؛ لأنهما لم يدعيا ما يكذبه العرف بخلاف الحضريين[4].

وقوله: (ولا بينة)، في معناها الفشو، قاله ابن القاسم، قال: ويأتنفان حينئذ نكاحًا جديدًا بعد الاستبراء[5].

ابن القاسم: ولا تُقبل في البينة شهادة أبيها، أو أخيها[6].

وفرض المصنف المسألة في إقرارهما بالوطء، يريد: وكذلك إذا قامت بينة به.

وقوله: (حُدَّا) هو مذهب "المدونة"[7].

ابن القاسم: وسواء وُجِدَا في بيت، أو طريق[8].

وأسقط عبد الملك الحد عنهما، وإن كانا غير غريبين، فقال: فيمن قال عند قوم: وطئت فلانة بنكاح، أو اشتريت أَمَة فلان ووطئتُها، فلا يكلف ببينة بالنكاح، ولا بالشراء، ولا يُحَدُّ؛ لأنه لم يوجد مع امرأة يطؤها، ولو وجد كذلك كلف البينة إن لم يكن طارئًا، قال: وقاله علماؤنا، وقد غلط فيها بعض من يشار إليه، وقاله

---

(١) انظر: المدونة: ٦/٢٠٩، والأصول: ص ٣١٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٣٩٥.

(٣) انظر: التهذيب: ٤/٤٠١، والتبصرة: ٣/٣٦٣.

(٤) انظر: الذخيرة: ١٢/٤٩.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/٢٥٣، والذخيرة: ١٢/٤٩.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/٢٥٣، ومواهب الجليل: ٨/٣٩٦.

(٧) انظر: المدونة: ٦/٢٠٢.

(٨) انظر: المدونة: ٦/٢٤١، والنوادر والزيادات: ١٤/٢٥٣.

مطرف، وأصبغ[١].

ابن الماجشون: ولو شهدت عليه بينة أنهم رأوا فرجه في فرج امرأة غائبة عنا لا ندري من هي، فقال هو: كانت زوجتي وطلقتها، أو أَمَتي وقد بِعْتُهَا، وهو معروف أنه غير ذي زوجة، ولا أمة، فهو مصدق، ولا يُكلف ببينة، ولو وجد معها كلف البينة إن لم يكن طارئًا[٢].

(ص): **(والبينة تقدمت)**

(ش): لما تكلم على الإقرار، كان حقه أن يتكلم على السبب الثاني، وهو البينة، فبين أن الكلام على ذلك تقدم في كتاب الشهادات[٣].

(ص): **(ولو شهد أربع نسوة ببكارتها، لم يَسْقُط الحد)**

(ش): هذا فرع من فروع البينة تكلم عليه هنا؛ لأنه لم يتقدم له.

ومعناه: أنه إذا شهد أربعة عدول بزناها، فقالت هي: أنا عذراء، أو رتقاء، ونظر إليها النساء فصدقنها، لم يُنظر إلى قولهن، وحُدَّتْ، وهذا مذهب "المدونة"[٤].

ورأى اللخمي: سقوط الحد؛ لأن شهادة النساء بذلك شبهة، ولأنه يمكن صدق قولها بأن ينظر إليها جماعة من النساء يقع بقولهن العلم. ولو قالت: أنا أنكشف لأربع رجال، فينظرون إِلَيَّ، ولا أُجلد، لكان ذلك لها، وإذا جاز نظر الرجال أولا، لإقامة الحد، فلدرئه أَوْلَى.

وفي "العتبية" ما يشبه هذا، ففيها: في الذي يحلف بالتعق، أو بالطلاق أن بفلانة عيبًا بموضع كذا مما لا يراه إلا النساء، وهي حرة، أو أَمَة، فنظرت إليها امرأة، فقالت: ليس بها ما قال، أن نظر النساء ليس بشيء، ويدين، ولا حنث عليه[٥].

(ص): **(وأما الحَمْل، فيُعتبر في الأَمَة لا يُعلم لها زوج، وسيدها منكر للوطء، وفي الحرة ليست غريبة)**

(ش): هذا هو السبب الثالث، يعني: إذا ظهر حَمْلُ الأَمَةِ، وليس لها زوج، وسيدها

(١) انظر: المدونة: ٦/٢٤١، والنوادر والزيادات: ١٤/٢٥٢.

(٢) انظر: المدونة: ٦/٢٠٢، والذخيرة: ١٢/٥٠.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ص ٤٧٤.

(٤) انظر: المدونة: ٦/٢٥٠، والذخيرة: ١٢/٦٣.

(٥) انظر: العتبية: ١٥/٢١.

منكر للوطء، حُدَّتْ[١].

ورأى اللخمي: سقوط الحد إذا ادعته على سيدها، ويحلف ما أصابها إن أنكر الإصابة، ولقد استبرأتها إن ادعى ذلك، ثم لا حد عليها؛ لأن دعواها على السيد شبهة، ويمينه مظنونة، وله أن يحدها على القول[٢] بأن له ذلك بعلمه[٣].

ويُعتبر في الحرة إذا لم تكن غريبة[٤]، يعني: ولم يعلم لها زوج، وحذف ذلك للدلالة عليه بذكره في الأمَة.

(ص): **(ولو قالت: غُصبت، لم يُقبل إلا بأمارة من صُرَاخ، أو أثر دم مما يَظهر به صدقها، واختار بعضهم قبوله)**

(ش)، يعني: ولو قالت الأمَة، أو الحرة المتقدمتان: غصبنا، لم يصدقا، إلا أن تظهر أمارة تدل على صدقهما، كما لو جاءت إحداهما تَدْمَى، أو مستغيثة عند النازلة[٥]، واختار بعض الشيوخ قبوله، وإن لم تظهر أمارته؛ لاحتمال أنِ تكون غُصِبَتْ، وكَتَمَتْ رجاء أن لا يكون عنه حَمْل[٦].

ولعل المصنف رحمه الله يريد بـ (بعضهم) اللخمي، فإنه قال ذلك، لكن شرط في المرأة أن تكون معروفة بالخير، ولا يطعن عليها بشيء، وكذلك اختار الباجي سقوط الحد عنها إلزامًا على قول مالك: أن الوطء بين الفخذين يكون عنه الولد بسيلان الماء إلى الفرج[٧].

فصل: في شروط وجوب إقامة الحد

(ص): **(وشرط موجبه: الإسلام والتكليف)**

(ش): لما عرف الزنى، وذكر ما يثبت به، شَرَعَ فيما يترتب عليه، فقوله: (موجَبه) بفتح الجيم: اسم مفعول، أي: الشيء الذي يوجبه الزنى[٨]، وفي بعض النسخ: (وشرط

---

(١) انظر: المدونة: ٦/٢٠٩، والنوادر والزيادات: ١٤/٢٦٠، وكفاية الطالب الرباني: ٣/١٢١.

(٢) انظر: التفريع: ٢/٢٢٤.

(٣) انظر: المعونة: ٢/٣٢٤، و٣٢٥.

(٤) انظر: الجواهر: ٣/١١٤٩، وكفاية الطالب الرباني: ٣/١٢١.

(٥) انظر: الجواهر: ٣/١١٤٩، وشرح الخرشي: ٨/٧٩، والرسالة: ص ١٢٩.

(٦) انظر: الذخيرة: ١٢/٥٩.

(٧) انظر: المنتقى: ٧/١٣٨.

(٨) انظر: شرح حدود ابن عرفة: ٢/٦٤٠.

موجب الحد: الإسلام) بكسر الجيم، أي: وشرط الزنى الذي هو سبب الحد الإسلام، فلا يُقام على الكافر إذا زنى بمسلمة طائعة، وهذا هو المشهور(١).

مالك، وابن القاسم: ويُرَدُّ إلى أهل ملته، ويُعَاقَب على ذلك العقوبة الشديدة(٢).

أشهب: ويجب أن يتجاوز بذلك الحد.

وقد أخبرني مالك، عن ربيعة أنه يُقتل، ورآه ناقضًا للعهد(٣)، وقال المغيرة في "المبسوط"(٤): يُحَدُّ حد البكر، وإن كان ثيبًا.

اللخمي: والأول أحسن، وإنما تقام الحدود في فروع الإسلام لمن تقدم منه إسلام وإنما حكم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ بين اليهود بما في التوراة؛ لأنهم رَضُوا بذلك(٥).

واعلم أن الجنايات السبع تقام على الكافر، إلا الزنى، والشرب، والردة؛ أما الزنى فلما ذكرنا، وأما الشرب فلأنهم يعتقدون حله، أو لأنا أخذنا منهم الجزية(٦) على ذلك، وأما الردة فهو المشهور أن الكافر إذا انتقل من كفر إلى كفر أنه يقر، ولا يُقتل، وعلى الشاذ بأنه يُقتل، هو كالمسلم.

وقوله: (والتكليف)، أي: فلا حد على مجنون، ولا صبي، وإن كان مراهقًا على المشهور(٧).

فصل: في أنواع الحد

(ص): (وهو ثلاثةٌ: رَجْمٌ، وجَلْدٌ مع تغريب، وجَلْدٌ مفرد، فالرجم على

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤١٩، وجواهر الإكليل: ٢/٤٥٢.

(٢) انظر: العتبية: ١٦/٣٣٠، و٣٣٤، والنوادر والزيادات: ١٤/٢٥٧.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١٦/٢٣١، والذخيرة: ١٢/٩٤.

(٤) انظر: المبسوط: ٤/١٢٦.

(٥) انظر: صحيح البخاري: رقم (٣٦٣٥) عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، أَنَّ الْيَهُودَ جَاءُوا إِلَى رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم فَذَكَرُوا لَهُ أَنَّ رَجُلا مِنْهُمْ وَامْرَأَةً زَنَيَا، فَقَالَ: لَهُمْ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم " مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَاةِ فِي شَأْنِ الرَّجْمِ، فَقَالُوا: نَفْضَحُهُمْ وَيُجْلَدُونَ، فَقَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ سَلامٍ: كَذَبْتُمْ إِنَّ فِيهَا الرَّجْمَ فَأَتَوْا بِالتَّوْرَاةِ فَنَشَرُوهَا فَوَضَعَ أَحَدُهُمْ يَدَهُ عَلَى آيَةِ الرَّجْمِ فَقَرَأَ مَا قَبْلَهَا وَمَا بَعْدَهَا، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللهِ بْنُ سَلامٍ ارْفَعْ يَدَكَ فَرَفَعَ يَدَهُ فَإِذَا فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَقَالُوا: صَدَقَ يَا مُحَمَّدُ فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ فَأَمَرَ بِهِمَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم فَرُجِمَا، قَالَ عَبْدُ اللهِ: فَرَأَيْتُ الرَّجُلَ يَجْنَأُ عَلَى الْمَرْأَةِ يَقِيهَا الْحِجَارَةَ".

(٦) انظر: الذخيرة: ٦/٣٠، وحاشية الدسوقي: ٣/٣٠٦، ومنح الجليل: ٦/١٢٧.

(٧) انظر: المدونة: ٦/٢٣٦.

المحصن منهما)

(ش)، يعني: والمُوجَب ثلاثة أنواع: فالرجم على المحصن، ولا يجمع معه الجلد، وهذا مذهب كافة الفقهاء[1]، خلافًا للظاهرية؛ لحديث ماعز، وحديث العسيف.

قوله: (منهما)، أي: الزاني والزانية.

(ص): **(ويحصل لكل منهما بالتزويج الصحيح اللازم، والوطء المباح المحل للمبتوتة بعد الحرية، والإسلام، والبلوغ وفي التكليف خلافٌ)**

(ش)، أي: ويحصل الإحصان لكل واحد من الزاني والزانية بالتزويج، فلا يحصل بالملك[2].

وقوله: (الصحيح)، أي: فلا يحصل بالنكاح الفاسد إن كان مما يفسخ قبل البناء وبعده[3]، وإن كان مما يمضى بعده، فهو كالإحلال[4]، وقد قدمنا الكلام على ذلك في النكاح.

وقوله: (اللازم)، فلا يحصل بالنكاح الذي فيه خيار حكمي[5]، كنكاح العبد، وذي العيب[6]، واحترز بالوطء المباح مما لو وطئ في حيض، أو في عدة فلا يحصل به الإحصان.

---

(١) انظر: المعلم: ٢/٢٥٦، والهداية: ٢/٣٨٦، والإنصاف: ١٠/١٧٠.

(٢) انظر: الشرح الكبير: ٦/٣١٢، شرح حدود ابن عرفة: ٢/٦٤٢.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ص ٢٦٥.

(٤) انظر: الثمر الدواني: ص ٣٨٩.

(٥) يعرفه فقهاء المالكية بأنه: ما ثبت بسبب نقص يخالف ما التزم البائع شرطًا أو عرفًا، في زمان ضمانه، وهو قسمان: أحدهما: ما ثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرط، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي.
ثانيهما: ما ثبت عن غبن. انظر: مواهب الجليل: ٤/٤٢٧؛ وشرح حدود ابن عرفة: ١ / ٣٦٨.

(٦) قال المالكية وغيرها: يجوز الفسخ لأي واحد من الزوجين إذا وجد بالآخر عيباً من العيوب الآتي بيانها، إلا أنهم اختلفوا في عدد العيوب التي يثبت بها طلب التفريق بين الزوجين. فعددها عند المالكية ثلاثة عشر عيباً، أربعة يشتركان فيها وهي: الجنون والجذام والبرص والعذيطة، وأربعة خاصة بالرجل وهي: الجب والخصاء والاعتراض والعنة، وخمسة خاصة بالمرأة وهي: الرتق والقرن والعفل والإفضاء والبخر.
وليس من العيوب: القرع والسواد والعمى والعور والعرج والزمانة ونحوها من العاهات، إلا إذا اشترط السلامة منها.

وقوله: (المُحِل للمبتوتة)[١]، نعت للوطء، ولو استغنى به عن جميع ما تقدم، لَكَفَاهُ لأنه قال في الإحلال: (لا تحل حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا لازمًا، ويطأها وطأً مباحًا على المشهور)[٢].

والمشهور مذهب ابن القاسم، ومقابله لعبد الملك.

وزاد اللخمي ثالثًا للمغيرة، وابن دينار: أن الوطء الفاسد يحصن، ولا يُحَل[٣].

اللخمي: وهو ضعيف، ولو قيل بعكسه، لكان أشبه.

وقوله: (بعد الحرية)؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥].

وقوله: (والإسلام، والبلوغ): ظاهر.

وقوله: (وفي التكليف خلاف): أراد بالتكليف سلامة العقل من الجنون؛ لأنه قد ذكر أن البلوغ مشترط، وكأنه اعتمد على ما قدمه من الخلاف في فصل الإحلال، وقد ذكر ثلاثة أقوال[٤].

واختلف إذا تزوج عَبْدٌ حُرَّةً بغير إذن سيده، ووطئها، ثم زنت، فقال ابن القاسم: ليس بإحصان مطلقًا.

وقال أشهب: إن أجاز سيده النكاح، كان ذلك الوطء إحصانًا، ورجمت لا إن رده[٥].

ولعل المصنف إنما قال: (وفي التكليف): ولم يقل: (وفي الجنون)؛ ليشمل غير الجنون من موانع العقل.

وقد نَظَّمَ بعضهم شروط الإحصان[٦]، فقال[٧]:

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ص ٢٦٥.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤٢/٥، وأصول الفتيا: ص ١٨٨، والنوادر والزيادات: ٢٣٤/١٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٢٣٤/١٤، والبيان: ٤٢/٥.

(٤) انظر: جامع الأمهات: ص ٢٦٥.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥٨٢/٤.

(٦) والمقصود أن مجرد حصول هذا الإحصان يستحق الزاني الرجم، ولا يشترط لذلك بقاء الزوجة في عصمته، فلو طلقها أو ماتت فهو محصن أيضًا، وكذا لا يشترط وجوده معها، فلو كان غائبًا عنها فهو محصن كذلك.

(٧) الأبيات لزين الدين ابن رشيق.

شـــروط الإحـــصان ســـت أتـــت فخـــذها علـــى الـــنص مـــستفهما
بلـــــوغ وعقـــــل وحـــــرية ورابعهـــــا كـــــونه مـــــسلما
وعقـــد صـــحيح ووطء مـــباح متـــى اخـــتل شـــرط فلـــن يـــرجما

(ص): **(فلذلك يُحصن مَن عُتِقَ مِنَ العَبْدَين الزوجين بالوطء بعده دون الآخر)**

(ش)، أي: ولأجل اعتبار الحرية لو أعتق أحد الزوجين ونكاحهما نكاح صحيح، ثم وطئ بعد العتق، أحصن المعتق منهما دون الآخر[1].

(ص): **(ووطء الرجل بعد إسلامه الكتابية يُحْصِنُهُ ولا يُحصنها)**

(ش): هذا راجع إلى الإسلام[2]، وهو ظاهر، ولم يشبهه بمن أعتق من العبدين؛ لأنه لا يحصل في الإسلام من الطرد، والعكس كالعتق، وإنما يحصل بإسلام الزوج خاصة.

(ص): **(ووطء الصغيرة يُحصن الرجل ولا يُحصنها)**

(ش): هذا راجع إلى البلوغ، ويشترط في الصغيرة أن تطيق الوطء؛ لأنها التي يحصل من وطئها ما يحصل من البالغة.

فإن كانت الصغيرة لا تطيق الوطء، لم يحصن، قاله ابن عبد الحكم، وقال ابن القاسم: يحد إذا وطئها، وإن كانت بنت خمس سنين[3].

(ص): **(ووطء الصغير لَغْوٌ وإن قَوِيَ عليه)**

(ش)، يعني: إذا وطئ الكبيرة، ومعنى لغو، أي: لا يثبت الإحصان لواحد منهما، أما هو فلعدم بلوغه[4]، وقد تقدم في المراهق خلاف، وأما هي فلأن وطأه لا يحصل لها كمال اللذة، فكان كالأصبع[5].

(ص): **(وفي وطء المجنونة خلاف تقدم)**

(ش): أشار به والله تعالى أعلم إلى ما قدمه في فصل الإحلال، حيث قال: (ويشترط علم الزوجة خاصة بالوطء).

---

(١) انظر: الجواهر: ١١٤٥/٣، والذخيرة: ٦٩/١٢.
(٢) انظر: التفريع: ٢٢١/٢، والمعونة: ٣٠٨/٢.
(٣) انظر: الذخيرة: ٤٨/١٢.
(٤) انظر: المدونة: ٢٨٦/٢، والتهذيب: ٤٠٨/٤.
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥٨٢/٤.

وقال أشهب: علم الزوج، وقال ابن الماجشون: لو كانا مجنونين حلت[١].

(ع): وغيره، ويدل على أنه أراد الخلاف المتقدم في الإحلال قوله: (إثر هذا).

(ص): (**وكل وطء يُحْصِنُ أحدهما يُحِلُّ، وليس كل وطء يُحِلُّ يُحْصِنُ**)

(**ش**): وإلا فأي فائدة في ذكر هذه الكلية.

فإن قيل: فكيف يفهم من الكلية إرادة الإحلال.

قيل: لأنها أشعرت بأن الإحصان أخص؛ لكثرة شروطه، إذ يشترط فيه الحرية، وأن الإحلال أعم، وعلى هذا التقدير فكل ما يمنع من الإحلال، يمنع قطعًا من الإحصان؛ لاستلزام نفي الأعم نفي الأخص[٢]، ويصدق حينئذ كل ما أحصن أحل؛ لأنه يلزم من وجود الأخص وجود الأعم.

(ع): واختلف الشيوخ في نقل الخلاف في الجنون باعتبار الإحصان، والصواب والله أعلم ما نقله اللخمي وغيره: أنه إن كان أحدهما مجنونًا، كان إحصانًا للعاقل منهما خاصة عند مالك، وابن القاسم وقال أشهب: المراعى الزوج، فإن كان عاقلا، كان إحصانًا لها وله، وإن كان مجنونًا لم يكن إحصانًا لها ولا له[٣].

وقال عبد الملك: إذا صح العقد منهما، أو ممن يلي عليهما، كان إحصانًا لهما، ولو كانا مجنونين في حين البناء إذا كان الزنى في حين الصحة، وعلى هذه الطريقة في النقل لا تتم الإحالة على الإحلال؛ لمخالفة ما بينهما، فتأمله. انتهى.

(خ): والمخالفة إنما هي في القول الأول، وإلا فقول أشهب، وعبد الملك فيهما متحد، وقد يقال: إنما اشترط ابن القاسم علم الزوجة؛ لأن الإحلال قائم بها، وهاهنا الإحصان قائم بكل منهما، فيلزم عليه أن يشترط في حقهما، لكن في أخذ هذا من لفظه نظر.

(ص): (**وفيها إذا ادعى أنه غير مُحْصَن بوطء سقط**)

(ش)، يعني: أن الزاني إذا أنكر الإحصان، قُبِلَ قوله، وسقط عنه الرجم؛ لأن الوطء لا يُعلم إلا من جهته.

(ص): (**ولو أنكرت الوطء بعد أن قامت عشرين سنة، والزوج مقر بالوطء، لم**

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ص ٢٦٦، وحاشية الدسوقي: ٣/١٠٨.

(٢) انظر: الإبهاج: ٢/١٠٦، والتقرير والتحبير: ٣/٢٤٣.

(٣) انظر: جواهر الإكليل: ١ / ٢٠٥، وحاشية الدسوقي: ٣/١٠٩.

يَسقط الحد، وعنه في الرجل يَسقط ما لم يثبت بإقرار أو بولد، وقيل: لا مُحرِجًا)

(ش): جلب مسألتي "المدونة" لتعارضهما، ولِيُنَبِّهَ على بعض ما فيهما، فالأولى: في الزوجة، ذكرها في النكاح، فقال: وإن أقامت مع زوجها عشرين سنة، ثم أخذت تزني.

فقالت: لم يكن الزوج جامعني، والزوج مقر بالجماع[1]، فهي محصنة، والحد واجب لا يُزيله إنكارها، وقاله غيره: لرفعها حَدًّا قد وجب، ولم يكن منها قبل ذلك دعوى.

والثانية: في الزوج، ذكرها في الرجم، فقال: ومن تزوج امرأة، وطال مكثه معها بعد الدخول، فشُهد عليه بالزنى، فقال: ما جامعتها منذ دخلت بها، فإن لم يعلم وطؤه بولد يظهر، أو بإقرار بالوطء، لم يُرجم؛ لدرء الحد بالشبهة، وإن عُلم منه إقرار بالوطء قبل ذلك رجم.

واختلف فيهما، فقال يحيى بن عمر، وسحنون، وأبو عمران، وغيرهم: هما متعارضتان؛ لكونه قبل قول الزوج دون الزوجة، وذهب جماعة إلى التوفيق بينهما[2].

واختلف الأولون هل تقيد مسألة النكاح بما في الرجم، ويطرح ما في النكاح، وهو قول يحيى بن عمر؛ لقوله: إن مسألة الرجم خبر مما في النكاح، أبو بالعكس، وإليه ذهب سحنون، واختلف الآخرون في كيفية الجمع على أوجه:

أولها: أن الطّوْل الذي قُبِلَ فيه قول الزوج لم يبلغ عشرين سنة ونحوها، ولو بلغ ذلك لم يُقبل قوله كالزوجة[3].

ثانيها: أن الزوج إذا عَرَضَ له ما يمنعه من الوطء الغالب عليه إخفاءه بخلافها، فإن العادة الإظهار من جهتها.

ورُدَّ بأنه لو لم يكن وطئها، لم تسكت.

ثالثها: أنه قُبِلَ قول الزوج؛ لأن الزوجة لم تَدَّع عليه أنه وطئها، ولم يقبل قول الزوجة؛ لأن الزوج مقر بجمالها، ذكر هذه الثلاثة الأوجه صاحب " النكت"، واختار ابن يونس الثالث، واختار اللخمي وابن رشد حملها على الخلاف.

---

(١) انظر: جواهر الإكليل: ١ / ٢١٥، وحاشية الدسوقي: ٢١٩/٣.

(٢) انظر: المدونة: ٢٥٠/٦، والذخيرة: ٦٢/١٢.

(٣) انظر: المدونة: ٢٥١/٦، والذخيرة: ٦٤/١٢.

وذكر ابن رشد في مقدماته أن الفروق التي ذكرها عبد الحق وغيره لا تصح؛ لأنه قال: (إذا تزوج الرجل امرأة، فَأَقَرَّا بالوطء قبل الزنى أو بعده، فقد لزمهما الإحصان، وأما إن أنكراه بعد الزنى ولم يعلم منهما إقرار قبله، فهل يصدقان في إنكاره، ثلاثة أقوال:

الأول: لا يصدقان، وإن كان ذلك بقرب البناء.

الثاني: مذهب جمهور أصحاب مالك: أنهما يصدقان في إنكار الوطء، إلا أن يطول الزمان، وهو ظاهر ما في نكاح "المدونة".

والثالث: أنهما يصدقان وإن طالت إقامتهما بعد الدخول، وهو ظاهر ما في الرجم.

وإن كان إنكارها قبل الزنى، فلا خلاف في أنهما يصدقان، ولا يرجمان.

وذهب بعضهم إلى أن ما في الرجم ليس بخلاف لما في النكاح، وفرق بينهما بتفاريق ذكرها عبد الحق وغيره لا تصح.

وأما إن ادعاه أحدهما على صاحبه، وأنكره الآخر قبل الزنى، فلا يلزم المنكر الإحصان باتفاق، ولا المقر به على سبيل الدعوى بالاتفاق أيضًا، وله أن يرجع عن إقراره قبل أن يؤخذ في زنى، أو بعد أن يؤخذ فيه كان الرجل، أو المرأة.

وأما إن أَقَرَّ أحدهما بالوطء على سبيل الدعوى، والآخر منكر، فأما المنكر، فلا يكون محصنًا باتفاق، وأما المقر، فقال ابن القاسم: يكون محصنًا، لإقراره على نفسه.

وقال ابن عبد الحكم: لا يكون محصنًا؛ لأن الحدود تُدرأ بالشبهات.

وأما إن كان اختلافهما في الوطء بعد الزنى، فأما المقر فيلزمه الإحصان بإقراره بالوطء، ويجب عليه الرجم باتفاق، وأما المنكر فاختلف، هل يصدق أم لا؟ على الثلاثة الأقوال التي تقدمت في إنكارهما جميعًا الوطء بعد الزنى.

وذهب بعضهم إلى أن هذا الاختلاف غير داخل في هذه المسألة، وإنه يحد، ولا يصدق في إنكاره الوطء بعد الزنى؛ لإقرار صاحبه عليه، وليس هذا بشيء؛ لأن إقرار أحدهما على صاحبه شهادة منه عليه بالإحصان، ولا تجوز شهادة واحد بالإحصان. انتهى باختصار. ومراده بقوله: (على سبيل الدعوى) أي: ادعت الوطء؛ ليكمل لها الصداق، وادعى الزوج ذلك؛ لتثبت له الرجعة في العدة، والله أعلم.

وقول المصنف: وقيل: لا، أي لا يسقط مخرجا.

أي: من المسألة السابقة بناء على قول من حملها على الخلاف.

(ص): **(واللائطان مطلقًا كالمحصن، فالرجم. وقال أشهب: إلا العَبْدَين، والكافِرَين، فيُجلد العبد خمسين، ويؤدب الكافر)**

(ش): قوله: (مطلقًا)، يعني: ولا يستثنى من استثناه أشهب.

ورَوَى أبو داود، والترمذي، قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ: "من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به".

وقال مالك: (ولم أزل أسمع أنهما يرجمان، أُحْصِنَا، أو لم يُحْصِنَا)[١].

وقول أشهب ضعيف؛ لأنه لو كان من باب الزنى لاعتبر الإحصان، ولما أدب الكافر إلا بشرط أن يظهره[٢].

(ص): **(والجلد مع التغريب على الحر الذكر غير المحصن)**

(ش): هذا هو النوع الثاني، ولا خلاف في الجلد[٣].

والتغريب ثابت عندنا وعند جهور أهل العلم؛ لِمَا في الصحيحين من حديث العسيف: "وعلى ابنك جلد مائة، وتغريب عام".

ونفاه أبو حنيفه رحمه الله تعالى؛ لأن الزيادة عنده على الآية نسخ، ولا يُنسخ القرآن بخبر الواحد، وكون الزيادة على النص نسخًا قاعدة متنازع فيها[٤].

وقوله: (الحر)، يعني: ولا تغريب على العبد؛ لِمَا على سيده من الضرر، خلافًا للشافعي رحمه الله تعالى في أحد قوليه؛ لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: "البكر بالبكر جلد مائة، وتغريب عام"[٥].

وأُجيب: بعد تسليم أن المفرد المحلى بـ (أل) للعموم، بأن عطفه عليه الصلاة

---

(١) أخرجه الترمذي: رقم (١٤٥٦) فِي إِسْنَادِهِ مَقَالٌ، وَلا نَعْرِفُ أَحَدًا رَوَاهُ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، غَيْرَ عَاصِمِ بْنِ عُمَرَ الْعُمَرِيِّ، وَعَاصِمُ بْنُ عُمَرَ يُضَعَّفُ فِي الْحَدِيثِ مِنْ قِبَلِ حِفْظِهِ، وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي حَدِّ اللُّوطِيِّ، فَرَأَى بَعْضُهُمْ أَنَّ عَلَيْهِ الرَّجْمَ أَحْصَنَ أَوْ لَمْ يُحْصِنْ، وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحَاق، وقَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ فُقَهَاءِ التَّابِعِينَ مِنْهُمْ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ، وَإِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ، وَعَطَاءُ بْنُ أَبِي رَبَاحٍ، وَغَيْرُهُمْ قَالُوا: حَدُّ اللُّوطِيِّ حَدُّ الزَّانِي، وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ، وَأَهْلِ الْكُوفَةِ.

(٢) انظر: المدونة: ٢٥٣/٦، والذخيرة: ٦٧/١٢.

(٣) انظر: الجواهر: ١١٥٠/٣، وشرح الخرشي: ٤٥٠/٨، ورسالة: ص ١٣٢.

(٤) انظر: المدونة: ٢٣٠/٦، والنوادر والزيادات: ٢٦٢/١٤.

(٥) أخرجه مسلم، رقم (١٦٩١) والترمذي، رقم (١٤٣٤)

والسلام: "والثيب بالثيب " عليه، مع عدم دخول الرقيق فيه قرينة دالة على أن المراد بالبكر من هو حر، ولأن العبد إنما يجلد خمسين لا مائة[١].

وقول المصنف: الذَّكَرُ، يعني: ولا تغريب على الأنثى؛ لِمَا يُخشى عليها في التغريب من الزنى، وغيره[٢].

(ص): (**والجلد وحده على المرأة غير المحصنة، والعبد**)

(**ش**): هذا هو النوع الثالث، وأراد بالعبد الجنس، فيشمل الذكر والأنثى، أو أراد بالعبد الذكر.

وقوله: (المرأة): يشمل الحرة، والأمَة، وهذا أقرب.

وقوله: (غير المحصنة)، يعني: وأما المحصنة، فتُرْجَمُ.

(ص): (**ويتشطر الجلد بالرِّق وإن كان جُزءًا، وما في معناه**)

(**ش**): قوله: (بالرِّق): عام بتناول الذكور والإناث؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، والعبد مقيس عليها من باب لا فارق[٣].

وقوله: (وإن كان)، أي: الرق.

وقوله: (جُزءًا)، بأن يكون معتق البعض، وقوله: (وما في معناه)، أي: معنى الرق، وهو ما فيه شائبة من شوائب الحرية من أم ولد، ومكاتب، ومدبر، ومعتق إلى أجل.

(ص): (**والتغريب نفيه إلى بلد آخر كفدك، وخيبر من المدينة**)

(**ش**): تصوره ظاهر، وقوله: (وفدك) بالدال المهملة، الجوهري: اسم قرية بخيبر، وقال عياض في "المشارق": مدينة، بينها وبين المدينة يومان، وقيل: ثلاث مراحل.

أبو عمر: ورُوِيَ أنه عليه الصلاة والسلام: "نفى إلى خيبر"[٤].

ونفى عمر رضي الله عنه: (إلى فدك، ونفى من المدينة إلى البصرة، وإلى خيبر).

ونفى علي رضي الله عنه: (من الكوفة إلى البصرة).

وقال الشعبي: من عمله إلى عمل غيره.

---

(١) انظر: المدونة: ٢٣٧/٦، وكفاية الطالب الرباني: ١٢١/٣.

(٢) انظر: الذخيرة: ٩/١٢، وشرح مختصر خليل: ٦١/٨.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: ٢٤٢/٤، والفواكه الدواني: ٢٥٩/٢.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة، رقم (٢٩٢٧٦) وابن الأعرابي، في معجمه، رقم (١٠٣٧).

وقال مالك في "المُوَّازِيَّة": (من مصر إلى الحجاز).

وقال ابن القاسم: من مصر إلى أُسوان، وأدون منهما، ولا يبعد كل البعد، فربما ضاع، وبَعُدَ عن أن تدركه منفعة ماله، وأهله[1].

(ص): **(وكِراؤه في ماله، وإلا فبيت المال)**

(ش)، أي: في مسيره، وهكذا قال أصبغ، وابن المواز، وكذا في المحارب.

(ص): **(ويُسجن فيه سنة من حين سجنه)**

(ش): قال ابن القاسم: يكتب إلى والي البلد أن يقبضه، ويسجنه سنة عنده، ويحسب السنة من يوم سُجِنَ، ورَوَى نحوه ابن حبيب عن مطرف.

(ص): **(فلو عاد أُخْرِجَ ثانيًا)**

(ش): الظاهر: أن المراد: لو عاد المُغَرَّب إلى بلده قبل تمام السنة، وهذا هو الذي يؤخذ من كلامه في "الجواهر"، وقال: (أُخرج ثانيًا، ولم يقل أُعيد؛ لأن الإعادة تقتضي تعيين الموضع الذي كان به أولا، و(أُخرج) لا يقتضي ذلك، وهو أَوْلَى؛ إذ قد يرى الإمام سجنه في غيره أَوْلَى، وانظر: هل يُبْنَى على ما تقدم، أو يُستأنف؟

والظاهر البناء.

ويحتمل: أن يريد فلو عاد إلى الزنى، فإنه أيضًا يُجلد، ويُغَرَّبُ، وعليه اقتصر (ر).

وإنما قلنا: الأول أَوْلَى؛ لاقتصاره على الإخراج فقط، ولأنه لا كثير فائدة في الحمل الثاني.

وانظر: لو زنى في المكان الذي نفي إليه، أو زنى الغريب بغير بلده، هل يكون سجنه في المكان الذي زنى فيه تغريبًا، أم لا؟

(ص): **(ولا يُقتل بصخرة، ولا بحصيان خفيفة، بل بما بين ذلك، ويُتَّقَى الوجه، ولا يؤخر لمرض بخلاف الجلد)**

(ش): قوله: (بصخرة)؛ لأن العظام تشوه، وقوله: (بحصيات)؛ لأن الصغار تُعَذِّبُ، وهذا هو المشهور.

وقال ابن شعبان: يُرجم بأكبر حجر يقدر الرامي على حمله.

وقوله: (ويُتَّقَى الوجه)؛ لِمَا رَوَى أبو داود، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ أنه قال:

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤٥/١٢، وشرح مختصر خليل: ٣٥٣/٨.

"إذا ضرب أحدكم، فليتق الوجه".

ونص مالك رحمه الله تعالى على اتقاء الفرج أيضًا في الجلد.

والمشهور: أنه لا يحفر له، وفي "المُوَّازِيَّة": يحفر له، ووقع في الحديث ما يدل على كِلا الأمرين، وقيل: يُحفر للمرأة فقط، وقيل: يُحفر للمشهود عليه دون المقر؛ لأنه إن رجع ترك.

اللخمي: ولا تُضرب رجلاه إذا لم يُحفر له، ولا ساقاه، ولا يداه؛ لأنه تعذيب، وليس بمقتل، ويُجَرَّدُ أعلى الرجل، ولا تجرد المرأة[1].

وإنما لم يؤخر لمرض؛ لأن الغرض قتله، بخلاف الجلد، وهو واضح[2].

(ص): (ويُنتظر منها وَضْعُ الحَمْلِ مطلقًا، والاستبراء في ذوات الزوج)

(ش): قوله: (مطلقًا)، أي: سواء كان رجمًا، أو جلدًا؛ لئلا يقتل ما في بطنها، فإذا وَضَعَتْ أُخِّرَتْ في الجَلْدِ لنفاسها؛ لأنها مريضة[3].

ولا تُؤَخَّرُ في الرجم، إلا أن لا توجد من تُرَضِّعُ الطفل، كما قدمه المصنف في آخر كتاب الجراح.

ولا تؤخر بدعواها الحمل، بل ينظرها النساء، فإن صدقنها، لم يعجل بذلك، وإلا حدت، وهذا ظاهر إذا كان بعد الأربعة أشهر، ونحوها.

وأما في الشهرين، فلا، فإن ابن القاسم قد أجاز في "المدونة": إذا مر لها منذ زنت شهران أن ترجم، إذا قال النساء: لا حمل بها.

اللخمي: وليس بالبين؛ لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ أخبر أنه يكون نطفة أربعين، وأربعين علقة، وأربعين مضغة، ثم يُنفخ فيه الروح في الشهر الخامس، وإذا كان كذلك فيمكن أن يكون في الشهرين علقة، فلا يجوز حينئذ أن يعمل عملا يؤدي إلى إسقاطه، ولا إلى إفساده، كما لا يجوز للمرأة أن تشرب ما يُطرح به حينئذ[4].

وأجاز اللخمي العمل على قول النساء بعد ثلاثة أشهر، قال: وإن لم يمض لها

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٢٤٢/٤، والفواكه الدواني: ٢٥٩/٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٧٩/٦، ومنح الجليل: ٢٥٥/٩.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٢٨٠/١٢، والذخيرة: ٤٣/١٢.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٢٨٧/١٢، ومنح الجليل: ٢١٢/٩.

أربعون يومًا، جاز إقامة الحد عليها: الجلد، أو الرجم[١]؛ إلا أن تكون ذات زوج، فإنه قال: يُسأل الزوج، فإن قال: كنت استبرأتها، أُقيم عليها الحد، ورُجمت إن كانت ثيبًا، وإن قال: لم استبرئ كان بالخيار بين أن يقوم بحقه في الماء الذي له فيها، فتُؤَخَّر حتى ينظر هل تحمل منه، أم لا؟ أو يسقط حقه، فتُحَدُّ[٢]. انتهى.

وقوله: (والاستبراء في ذوات الزوج): قد قدمنا كلام اللخمي الآن فيه.

(ع): وانظر هل هو حيضة، وهو الأقرب، أو ثلاث[٣].

(خ): بل القاعدة أن الحرة لا تستبرأ إلا بثلاث[٤].

(ص): **(وينتظر للجَلْد اعتدال الهواء، ورُوِيَ لا يُؤَخَّر في الْحَرِّ)**

(ش)، أي: يؤخر في الجلد دون الرجم للحَرِّ والبَرْد المفرطين، اللذين يخشى فيهما الهلاك، ونص مالك على البرد، وأَلْحَقَ به ابن القاسم في "المدونة" الْحَرَّ إذا كان يُعرف خوفه.

والرواية: بأنه لا يُؤَخَّرُ للحر في "المُوَّازِيَّة"، ورآه ليس بمتلف، وعلى هذا فالخلاف مبني على تحقيق العلة.

فصل: فيمن يُقِيمُ الحد

(ص): **(ولا يُقِيمُ الحد إلا الحاكم، والسيد في رقيقه في حد الزنى، والخمر، والقذف بالإقرار وبالبينة، وبظهور الحمل)**

(ش): قوله: (إلا الحاكم)، أي: في الأحرار، والعبيد.

قال في "المدونة" آخر كتاب الرجم: ولا ينبغي أن يُقيم الحدود ولاة المياة، وليجلب ذلك إلى قضاة الأمصار، ومصر كلها لا تُقام فيها الحدود إلا بالفسطاط، أو يكتب إلى والي الفسطاط، فيكتب إليه يأمره بإقامة ذلك[٥].

وقوله: (ولا ينبغي) الظاهر أنه على المنع، فقد عبر بعضهم بـ (لا يجوز)، وولاة المياة السعاة؛ لأنهم يرسلون عند المياه، ويستثنى من ذلك عبد الإنسان، فإن لسيده أن

---

(١) انظر: شرح خليل، للخرشي: ١١٦/٢٣، والشامل، لبهرام: ١٧١/٢.

(٢) انظر: المدونة: ٢٠٧/٢، ومنح الجليل: ٣٩٣/١٩.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ٥١٤/١.

(٤) انظر: الذخيرة: ٢٦٤/١١، والكافي: ٩٩٣/٢، والمدونة: ٦١٥/٤.

(٥) انظر: التاج والإكليل: ٥٥/١٢، و٢٨٢/٦.

يُقيم عليه الحد، لعدم التهمة في حقه، لِمَا في الصحيحين: سُئِلَ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ عن الأمَةِ إذا زَنَتْ، ولم تُحصن، قال: "إذا زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم بيعوها، ولو بضفير"(١).

ابن شهاب: لا أدري بعد الثالثة، أو الرابعة؟ والضفير: الحَبْلُ.

ورَوَى أبو داود، عن علي رضي الله عنه في جارية لآل رسول الله صلى الله عليه وسلم فَجَرَتْ، فقال له: "أَقِمْ عليها الحد، وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم"(٢).

وقوله: (في حد الزنى، والخمر والقذف): عائد على السيد.

ويحضر لجلده في الخمر، والفرية رجلين، وفي الزنى أربعة عدول.

واحترز من السَّرِقَة، وغيرها، فلا يقيمها إلا الوالي.

قال في "المدونة": لأن ذلك ذريعة إلى أن يمثل بعبيده، ويَدَّعِي أنه سرق.

وقوله: (بالإقرار... إلى آخره)، يعني: أن السيد يقيم على عبده بالطرق المذكورة في الحد.

(ص): **(وفي حده برؤيته قولان)**

(ش)، أي: وفي حد السيد لعبده، والقولان روايتان، ومذهب "المدونة": أنه لا يُقيمه بعلمه، ومنشأ الخلاف هل هو حكم، فلا يجوز بعلمه، أو لا تهمة هنا.

ولا خلاف أن له تأديبه في الجنايات بعلمه(٣).

(ص): **(فإن كان متزوجًا بما ليس مِلكًا له فالإمام)**

(ش)، يعني: فإن كان الرقيق متزوجًا بما ليس ملكًا لسيده سواء كان متزوجًا بحرة، أو بملك غير سيده، فليس له حينئذ الإقامة، لحق الآخر من الزوجين، وحق سيده إن كان رقيقًا، ولا فرق بين أن تكون أَمَتُهُ متزوجة بعبد الغير، أو بالعكس، نص على الأول في "المدونة"(٤).

ونص على الثاني التونسي، وفُهِمَ من كلامه أنه لو زوج أَمَته لعبده، لكان له أن

---

(١) أخرجه البخاري، رقم (٢١٥٤) ومسلم، رقم (١٧٠٦).

(٢) انظر: سنن أبي داود، رقم (٤٤٧٣).

(٣) انظر: المدونة: ٢/٢١٠، ومنح الجليل: ١٩/٤٠٠.

(٤) انظر: المدونة: ٢/٢٨٨، والتهذيب: ٤/٤١٠.

يُقيم الحد، وهو كذلك[١].

فصل: في الكافر إذا زَنَى بالحُرَّة

(ص): **(ويُقْتَلُ الكافرُ يُكْرِهُ الحرة المسلمة؛ لنقض عهده، وفي الأَمَة المسلمة قولان)**

(ش): المشهور: أنه لا يُقتل في الأمَة. نعم يُؤَدَّبُ الأدب الشديد؛ لأنه إنما جَنَى على مال، والشاذ أظهر؛ لأن الأمة تستغيث بالإسلام، وهو منتهك لحرمته، ومقتضى تعليل المصنف بنقض العهد أن قتله مباح[٢].

(ع): والذي يقوله أهل المذهب: ظاهره تحتم قتله[٣].

وهو ظاهر ما رُوِيَ عن عمر رضي الله عنه.

واختلف قول ابن القاسم: هل يثبت هذا بشاهدين كغيره مما ينقض به العهد، أو بأربعة، وهو الذي رجع إليه ابن القاسم، قال: لا يقتل حتى يشهد عليه بالفعل أربعة شهود أنهم رأوه، كالمِرْوَد في المكحلة؛ لأنه لا يستوجب القتل إلا بالوطء، وهو إنما يثبت بأربعة[٤].

فائدة

لنقض العهد أسباب: أولها: إكراه المسلمة على الزنى[٥]. ثانيها: القتال. ثالثها: منع الجزية. رابعها: التمرد على الأحكام. خامسها: التطلع على عورات المسلمين.

فإن أسلم لم يُقتل؛ إذ قتله لنقض العهد، لا للحد، أما قطعهم الطريق، أو القتل الموجب، للقصاص، فحكمهم فيه كالمسلمين[٦].

(ص): **(وأما في الطَّوْع فالعقوبة)**

(ش)، أي: وفي طوعها، ولا إشكال في حدها، وقد تقدم فيه ثلاثة أقوال.

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٣١٢/٦، شرح حدود ابن عرفة: ٦٤٢/٢.

(٢) انظر: الذخيرة: ٣٠/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٠٦/٣، ومنح الجليل: ١٢٧/٦.

(٣) انظر: الجواهر: ١١٤٩/٣، وكفاية الطالب الرباني: ١٢١/٣.

(٤) انظر: الجواهر: ١١٤٩/٣، وشرح الخرشي: ٧٩/٨، ورسالة: ص ١٢٩.

(٥) انظر: حاشية العدوي: ٤١٩/٢، وجواهر الإكليل: ٤٥٢/٢.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٢٣١/١٦، والذخيرة: ٩٤/١٢.

باب القَذْف

(ص): (القذف؛ وهو ما يدل على الزِنَى، أو اللواط، أو النفي عن الأب أو الجد لغير المجهول، بخلاف نفيه عن الأم)

(ش): قوله: (القذف)، هو بالذال المعجمة، وأصله الرمي إلى بُعْدٍ، فكأنه رماه بما يبعد، ولا يصلح، ومنه قيل للمنجنيق: القذاف[1]، وقد سَمَّاهُ الله تعالى رميًا، فقال: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤].

ويُسَمَّى أيضًا فِرْية؛ لأنه من الافتراء والكذب، وهو من الكبائر بالإجماع[2].

ومفهومه في الشرع أخص منه في اللغة.

ورسمه المصنف بالرسم المذكور، وأتى بـ (ما)؛ ليتناول اللفظ، وما يقوم مقامه، كالإشارة في حق الأخرس.

وقوله: (ما يدل): يحتمل بالصريح؛ لأنه شبه بعد ذلك الكناية بالصريح، وعليه اقتصر (ع).

ويحتمل ما يدل مطلقًا، فيشمل التعريض، ويكون التشبيه لبيان أن التعريض إن كان دالا، فكالتصريح[3].

وعطف اللواط على الزنى من عطف الخاص على العام؛ لأنه نوع منه.

وقوله: (أو النفي عن الأب أو الجد): احترازًا من الأم، كما سيأتي أو للتنويع، لا للتشكيك؛ لأن الجد لا يقبل الشك[4].

وقوله: (لغير المجهول): وقع في بعض النسخ بالجيم والهاء[5]، وكذلك وقع في نسخه (ر).

واحترز بذلك من المجهول كالمنبوذ، ففي "العُتْبِيَّة": عن مالك نفي الحد عن من

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٤١٩/٢، وجواهر الإكليل: ٤٥٢/٢.

(٢) انظر: الذخيرة: ٣٠/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٠٦/٣، ومنح الجليل: ١٢٧/٦.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٢٣١/١٦، والذخيرة: ٩٤/١٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٢٣٧/١٤، والتلقين: ٥٠٢/٢، والتمهيد: ٩٧/٣.

(٥) انظر: التفريع: ٣٢٠/٦، والنوادر والزيادات: ٢٦٠/١٤، وكفاية الطالب الرباني: ١٢١/٣.

قال لمنبوذ: يا ابن الزانية، ويؤدب[١].

قال في "البيان": لأن أمه لا تعرف، ولا حد على من قذف مجهولا، قال: وكذلك لو قال له: يا ابن الزاني، وكذلك قال في "الواضحة": لا حَدَّ على من قذف منبوذًا بأمه أو أبيه، وأما إن قال له: يا ولد زنى، فيجب عليه الحد؛ لاحتمال أن يكون لرشدة، وإن كان قد نبذ.

ووقع في بعض النسخ: (المحمول) بالحاء والميم؛ لحيترز من المسبيين، فإنه لا حد على من نفاه من أبيه، أو قال له: يا ولد زنى، قاله أشهب.

قال: لأن المحمولين لا تثبت أنسابهم ويتوارثون بها.

وفي "العُتْبِيَّة": سُئِلَ عن الرجل الغريب، قال له: يا ابن الزانية، هو لا تعرف أمه، قال مالك: أرى أن يضرب الحد إذا كان رجلا مسلمًا، وقد يقدم الرجل البلد، فيقيم بها سنين من أهل خراسان، فيقذفه الرجل، فيقال له: أقم البينة أن أمك حرة، أو مسلمة[٢].

مالك: ما أرى ذلك عليه، ولكن أرى أن يضرب من قذفه، والظالم هو الذي يحمل عليه[٣].

قال في "البيان": هذا بَيِّنٌ؛ لأن أم الحر المسلم محمولة على الإسلام والحرية، حتى يعلم خلاف ذلك، وإنما يحد إذا قال له: يا ابن الزانية إذا كانت أمه قد ماتت، أو غائبة بعيدة الغيبة، وأما إن كانت قريبة الغيبة، فلا يحد لها إلا بعد الإعذار[٤]. انتهى.

وهو أظهر مما قاله أشهب؛ لأنا منعناهم التوارث لجلهنا بأنسابهم، لا لأنهم أولاد زنى، والمشهور: إن توأمي المحمولة يتوارثان أشقاء[٥].

وزعم (ع): أن النسخة الأولَى تصحيف، وليس بظاهر.

لا يُقالُ للتعريف: غير مانع؛ لصدقه على المخاطب إذا كان غير عفيف، أو عبد، أو كافر، وليس بقذف، لسقوط الحد؛ لأنا نقول: كل هذا قذف، وانتفاء الحد لانتفاء

(١) انظر: المدونة: ٢٥٦/٦، والنوادر والزيادات: ٢٥٢/١٤.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٢٣٧/١٤، والتلقين: ٥٠٢/٢، والتمهيد: ٩٧/٣.
(٣) انظر: التفريع: ٣٢٠/٦، والنوادر والزيادات: ٢٦٠/١٤، وكفاية الطالب الرباني: ١٢١/٣.
(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٢٣١/١٦، والذخيرة: ٩٤/١٢.
(٥) انظر: حاشية العدوي: ٤١٩/٢، وجواهر الإكليل: ٤٥٢/٢.

الشرط، لا لانتفاء ماهية القذف[١].

وقوله: (بخلاف نفيه عن الأم)، أي: بخلاف نفي المقذوف عن الأم، نحو: لست لأمك، فهذا لا حد عليه، قاله مالك وأصحابه[٢].

ويعلل: بأن الأمومة متيقنة، فيعلم كذبه في نفيه عنها، فلا غضاضة عليه فيه، والأبُوة ثابتة بالحكم وغلبة الظن، فلا يُعلم كذبه في نفيه، فتلحقه بذلك معرة[٣].

وأشار التونسي إلى استشكاله: بأن فيه قذف الأب؛ لأن معناه: أن غير أمك ولدتك، فحمل أباه على غير أمه[٤].

فصل: في التعريض

(ص): **(والتعريض بذلك إن كان مفهومًا كالتصريح مثل: أَمَّا أنا فلستُ بزَانٍ)**

(**ش**): قوله: (بذلك)، أي: بزنًى، أو لواطًا، أو نفي عن أب أو جد، كالتصريح في وجوب الحد[٥].

والمثال الذي ذكره خاص ببعض أنواع التعريض، وترك المصنف غيره اختصارًا؛ لأن ذلك يفهم منه، كقوله: أما أنا فلست بلائط، أو أنا أبي معروف[٦].

واحترز المصنف بقوله: (إن كان مفهومًا) مما لا يُفهم منه القذف.

عبد الوهاب: واختلف في اللفظ المحتمل للقذف، والشتم إلى أيهما يرد على قولين[٧].

وفي اللخمي: إن صرح بالقذف، أو عرض به حُدَّ، وإن شتم بلفظ القذف، أو عرض به عُوقب، ولم يُحَدّ، وإن أشكل الأمر هل يراد بذلك القذف أم لا؟ حلف بالله أنه لم يرد به قذفًا وعوقب[٨].

واختلف إذا نكل هل يحد أم لا؟ فأجراه مرة مُجْرَى النكول عن أيمان التهم أنه

---

(١) انظر: شرح حدود ابن عرفة: ٢/٦٤٠.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٢٩، وجواهر الإكليل: ٢/٤٥٢.

(٣) انظر: الجواهر: ٣/٢٢٤٩، وكفاية الطالب الرباني: ٣/٢٢٢.

(٤) انظر: الشرح الكبير: ٦/٣٢٢، شرح حدود ابن عرفة: ٢/٦٤٢.

(٥) انظر: المعلم: ٢/٢٥٦، والهداية: ٢/٣٨٦، والإنصاف: ٢٠/٢٧٠.

(٦) انظر: التفريع: ٦/٣٢٠، والنوادر والزيادات: ٢٤/٢٦٠، وكفاية الطالب الرباني: ٣/٢٢٢.

(٧) انظر: الجواهر: ٣/٢٢٤٩، وكفاية الطالب الرباني: ٣/٢٢٢.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٢٤/٢٥٣، والذخيرة: ٢٢/٤٩.

يغرم ما نكل عنه، فقال هنا: يحد، ورأى مرة: أنه بخلاف المال، ولا يؤخذ منه الحد[١].

قال في "المدونة": وإن قال لرجل: يا فاسق، يا فاجر، نُكِّل، وكذلك يا حمار، يا ابن الحمار، يا ثور، يا ابن الثور، يا خنزير، فإن قال له: يا خبيث، أحلف أنه لم يرد قذفًا، ثم ينكل، فإن نكل عن اليمين، لم يحد ونكل[٢].

اللخمي: يريد ويزاد في النكالة[٣].

وإن قال: يا ابن الفاسقة، أو يا ابن الفاجرة، نكل، وإن قال: يا ابن الخبيثة، أحلف أنه ما أراد قذفًا، فإن نكل عن اليمين، حبس حتى يحلف، فإن طال حبسه نكل، ولم يره من التعريض[٤].

وقال أشهب في "المُوَّازِيَّة": إن قال: يا فاجر، يا فاسق، يا خبيث؛ أحلف، فإن نكل حُدَّ[٥].

محمد: ويحلف أنه لم يرد نفيه من أبيه، ولا قذفًا لأبيه، فإن نكل حُدَّ.

وقال ابن الماجشون: إن قال: يا ابن الفاسقة، ويا ابن الفاجرة، ويا ابن الخبيثة ونكل، حُدَّ، ومضى في ذلك على أصله رحمه الله تعالى أن قول ذلك للنساء أشد، إلا أنه عنده من الأمر المتردد، هل يراد به القذف أم لا[٦]؟

ورأى ابن القاسم: أن قول: يا ابن الخبيثة أشد من قوله: يا ابن الفاسقة؛ لأن الفسق الخروج عن الطاعة جملة، ولا يختص بالفاحشة، والخبث يراد به الفاحشة، قال الله تعالى في قوم لوط: ﴿وَلُوطًا آتَيْنَاهُ حُكْمًا وَعِلْمًا وَنَجَّيْنَاهُ مِنَ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَائِثَ إِنَّهُمْ كَانُوا قَوْمَ سَوْءٍ فَاسِقِينَ﴾ [الأنبياء: ٧٤].

ولم يحمل القائل على أنه أراد ذلك؛ لأن العامة لا تعرفه، فلذلك استظهر عليه باليمين.

قال في "البيان"[٧]: أما إن قال: يا خبيث الفرج، فلا إشكال أنه يحد.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٢٥٣/٢٤، ومواهب الجليل: ٣٩٦/٨.

(٢) انظر: المدونة: ٢٠٩/٦، والأصول: ص ٣٢٢.

(٣) انظر: المدونة: ٢٠٩/٦، والتفريع: ٢٢٢/٢.

(٤) انظر: البيان: ٣٢٥/٢٦، والنوادر والزيادات: ٢٦٦/٢٤، والعتبية: ٤٥٥/٥.

(٥) انظر: الجواهر: ٢٢٤٩/٣، وكفاية الطالب الرباني: ٢٢٢/٣.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٢٣٤/٢٦، والذخيرة: ٩٧/٢٢.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٢٦٥/٤، والتاج والإكليل: ٣٩٤/٨.

فرع

ويُسْتَثْنَى من وجوب الحد بالتعريض الأب، فإنه لا حد عليه فيه، نص عليه مالك.

وفي "المدونة": إذا عَرَّضَ لزوجته، ففيه الحد[1].

اللخمي: واختلف في ذلك.

وأما الشاعر إذا عرض في شعره: فلِمالك في "العُتْبِيَّة": لا حد عليه، إلا أن يكون بَيِّنًا جدًّا.

قال في "البيان": ورأيت لأبي بكر بن محمد أنه يعتبر شعره، فإن كان فيه تعريض حُدَّ[2]، وكأنه تأول ما لمالك في "العتبية" على سقوط الحد مطلقًا، وليس بتأويل صحيح؛ لأنه نص على أنه يحد إذا كان الشيء البين، وإنما يشترط أن لا يحد، إلا أن يكون ذلك أمرًا بَيِّنًا، فليس قول مالك مخالفًا لأصله رحمه الله في إيجاب الحد بالتعريض.

وأسقط أبو حنيفة، والشافعي الحد في التعريض مطلقًا، لجواز التعريض في النكاح.

وفيه نظر؛ لأنه كان يلزم عليه جواز التعريض بالقذف.

ودليلنا: ما رواه مالك في "الموطأ"[3]: أن رجلين تَسَابَّا في زمان عمر رضي الله عنه، فقال أحدهما للآخر: (والله ما أبي بزانٍ، ولا أمي بزانية، فاستشار في ذلك عمر، فقال قائل: مدح أباه وأمه، وقال آخرون: قد كان لأبيه وأمه مدح غير هذا، نرى أن تجلده الحد، فجلده عمر رضي الله عنه الحد ثمانين)[4].

ورُوِيَ: أن عمر بن الخطاب جلد في التعريض، وقال رضي الله عنه: (حمى الله لا تُرْعَى جوانبه)، وبه قال ابن مسعود، وعمر بن عبد العزيز[5].

ولأنا إنما نحن متعبدون بالمعاني، ولو تَسَابَّ رجلان، فقال أحدهما: يا ابن

---

(١) انظر: الجواهر: ٢٢٤٨/٣، والذخيرة: ٦٨/٢٢.

(٢) انظر: البيان: ٣٢٦/٢٦، والنوادر والزيادات: ٢٧٦/٢٤، والعتبية: ٤٥٥/٥.

(٣) انظر: الموطأ، ٧٦/٣.

(٤) أخرجه مالك، في الموطأ، برواية يحيى الليثي، رقم (١٤٩٨) وبرواية أبي مصعب الزهري، رقم (٩٤٦).

(٥) انظر: المحلى: ٢٧٦/١١.

الفاعلة الصانعة العفيفة التي لم تزن قط، لَفُهِمَ منه قطعًا رميها بالزنى، بل هو أبلغ من قوله: يا ابن الزانية[١].

اللخمي: ويجب عليه الحد إذا قال: ما يُطعن في فرجي بشيء، أو إني لعفيف الفرج، أو إنك لعفيف الفرج، وإن لم يذكر الفرج، وقال: إني عفيف، أو ما أنت عفيف، أو عفيفة، افترق الجواب؛ فإن قال ذلك لرجل، أُحْلِفَ أنه لم يُرِدْ قذفًا، ولم يُحَدّ، وهو قول مالك وعبد الملك، واختلف إذا قال ذلك لامرأة، فقال مالك: يُعَاقب ولا يُحَدّ، وقال عبد الملك: يُحد، ولو قال ذلك لرجل، إلا أن يدعي أنه أراد عفيف المكسب والمطعم، فيحلف، ولا حد عليه وينكل.

قال: لأن المرأة لا يعرض لها بالعفاف إلا بالفرج، والرجل يعرض له في غيره.

يحيى بن عمر: وإن قال لامرأته: يا قحبة، فعليه الحد[٢].

ابن الماجشون: وإن قال لرجل: يا مأبون، وهو رجل في كلامه تأنيث يضرب الكَبَر، ويلعب في الأعراس، ويُتَّهَمُ بما قيل له، فما يخرجه عن الحد إلا أن يُحق ذلك[٣].

واختلف إذا قال لرجل: يا مُخَنَّث، فقال مالك في "المدونة": يحلف ما أراد قذفًا ويُنكل، فإن نكل حُدَّ، وفي "المُوَّازِيَّة": إن كان المقول له يصنع في يديه، أو من عمل النساء شيء، أو لين الكلام، أُحلف ما أراد غيره، فلا حد، وإن كان بريئًا من ذلك، ولا شيء فيه منه، حد القائل، وحمل اللخمي ما في "الموازية" على الخلاف، وحمله غيره على التفسير لما في "المدونة"[٤].

وإن قال لرجل: يا ابن مُنزلة الرُّكْبَان، ففي "الواضحة": يُحَدُّ، وكذلك إن قال: يا ابن ذات الراية، وإن قال: فعلت بفلانة في أعكانها: حُدَّ عند ابن القاسم[٥]، خلافًا لأشهب[٦].

---

(١) انظر: التفريع: ٣٢٠/٦، والنوادر والزيادات: ٢٦٠/٢٤، وكفاية الطالب الرباني: ٢٢٢/٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٢٦٥/٢٤، والبيان والتحصيل: ٣٣٤/٢٦.

(٣) انظر: الذخيرة: ٣٠/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٠٦/٣، ومنح الجليل: ٢٢٧/٦.

(٤) انظر: المدونة: ٢٠٩/٦، والتفريع: ٢٢٢/٢.

(٥) انظر: مواهب الجليل: ٣٨٩/٨، والتاج والإكليل: ٢٢٥/٦.

(٦) انظر: الذخيرة: ٣٠/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٠٦/٣، ومنح الجليل: ٢٢٧/٦.

وفي "المُوَّازِيَّة": من قال لرجل: يا قرنان، جلد لزوجته إن طلبت؛ لأن القرنان عند الناس: زوج الفاعلة، وقاله ابن القاسم في غير " المُوَّازِيَّة"، ولم ير يحيى بن عمر فيه الحد، وقال: يُجلد عشرين سوطًا[1].

(ص): **(والكناية كذلك مثل: ما أنت بِحُرٍّ، أو يا رُومي، أو يا فارسي لعربي، بخلاف العكس)**

(ش): الجوهري: الكناية: أن يتكلم بشيء ويريد به غيره[2].

وفي "تلخيص المفتاح": الكناية: لفظ أُريد به لازم معناه مع جواز إرادته معه[3].

والمصنف رحمه الله تعالى لَمَّا رأى أن التعريض خلاف الكناية عند علماء البيان، ورأى أن أهل المذهب لم يُفرقوا بينهما؛ لكونهم لم يقسموا القذف إلا إلى صريح وتعريض، تَبِعَ في ذلك علماء البيان[4].

وأَشْعَرَ ذلك بمعرفته بهذا الفن، وبعدم ارتضائه قول الفقهاء، وليس ذلك لمجرد مخالفتهم أصحاب علم البيان، فإن هذا يرجع إلى الخلاف في الاصطلاح، ولا طائل تحته، ولكن لأن دلالة التعريض أَقْوَى من الكناية[5].

والوارد عن عمر رضي الله عنه إنما هو في التعريض، وهو أصل هذا الباب، فلا يصح قياس الكناية عليه.

ومَثَّلَ المصنف الكناية بقوله: (ما أنت بِحُرٍّ، أو يا رومي، أو يا فارسي للعربي)؛ لأنه قطع نَسَبِهِ، **بخلاف** العكس، أعني: إذا قال للرومي والفارسي: يا عربي، فإن العُرْفَ في هذا ليس هو قطع النسب، بل الثناء على المخاطب بصفات العرب من الشجاعة والسخاء، وغير ذلك[6].

فرع

وإن قال لرجل: (يا ابن اليهودي، أو النصراني)[7].

---

(١) انظر: الجواهر: ٣/١٢٤٩، وكفاية الطالب الرباني: ٣/٢٢٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٨/٣٩٤، ومنح الجليل: ٩/٢٥٥، وعيون المجالس: ٥/٢٢٢٣.

(٣) انظر: المدونة: ٦/٢٠٢، والتهذيب: ٤/٤٧٠، وما بعدها.

(٤) انظر: حدود ابن عرفة: ٢/٥٢٦، والشرح الكبير: ٦/٣٠٣، ومنح الجليل: ٣/٢٨٠.

(٥) انظر: الشرح الكبير: ٦/٣٠٢، وحاشية الدسوقي: ٦/٣٠٢.

(٦) انظر: المدونة: ٦/٢٤٣، والذخيرة: ٢٢/٥٣.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٢٤/٢٥٣، والذخيرة: ٢٢/٤٩.

فقال ابن القاسم: يُحَدُّ، إلا أن يكون في آبائه أحد كذلك[١].

وقال أشهب: لا حد عليه إذا حلف أنه لم يُرد نفيه.

اللخمي: وحمل قوله: (إن أباك الذي تنسب إليه الآن يهودي، أو نصراني)، وكذلك إن قال: (ابن الأقطع، يا ابن الأعور، يا ابن الأحمق، يا ابن الأزرق، يا ابن الأدم، وليس أبوه كذلك)[٢].

فقال ابن القاسم: يُحَدُّ؛ لأنه حمل أباه على غير أبيه، وعلى قول أشهب: لا يُحَدُّ إذا حلف.

واختلف إذا قال: (يا ابن الحجام، أو يا ابن الخياط، أو غير ذلك من الصنائع، وليس في آبائه من يعمل ذلك)، فلمالك في "المدونة" من رواية ابن القاسم: إن كان المقول له ذلك من العرب حُدَّ، وإن كان من الموالي، فلا حَدَّ عليه، ويحلف بالله ما أراد قطع نسبه ويعزر، ورَوَى ابن حبيب عنه أنه يُحَدُّ فيهما.

وقال أشهب: لا حَدَّ فيهما إذا حلف أنه لم يرد نفيه من آبائه، قال: وإنما ذلك كقوله: (أبوك الذي ولدك حجام، أو حائك)[٣].

(ص): (**واختلف قوله في مثل: يا فارسي وشبهه لبربري وشبهه**)

(**ش**): الضمير في قوله عائد على مالك، والخلاف في "المدونة"، لكن إنما ذكره فيمن نسب جنسًا في البيض إلى جنس من السودان، واختار ابن القاسم: نفي الحد، وزاد إلا أن يقول: يا ابن الأسود، وليس في آبائه أسود[٤].

وفي "الجواهر " فيمن قال لرومي: يا فارسي، أو لفارسي: يا رومي، أن عليه الحد. وفيه نظر[٥].

فقد حكى في "البيان " الاتفاق على أنه لا حد على من نسب أحدًا من البيض من البربر والفرس، والنبط، والقبط إلى غير جنسه من البيض كلهم، أعني: من غير العرب، وكذلك إذا نسب جنسًا من أجناس السود إلى غيره من أجناس السود كالحبش، والنوبة

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٢٥٣/٢٤، ومواهب الجليل: ٣٩٦/٨.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٢٣٢/٢٦، والذخيرة: ٩٤/٢٢.

(٣) انظر: الذخيرة: ٣٠/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٠٦/٣، ومنح الجليل: ٢٢٧/٦.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٤٢/٥، وأصول الفتيا: ص ٢٨٨، والنوادر والزيادات: ٢٣٤/٢٤.

(٥) انظر: جواهر الإكليل: ٢ / ٢٠٥، وحاشية الدسوقي: ٢٠٩/٤.

باتفاق؛ لأن غير العرب لا يحفظون أنسابهم كالعرب[١].

قال: واختلف إذا نسب أحدًا من أجناس البيض إلى جنس من أجناس السود، أو بالعكس على ثلاثة أقوال:

الأول: نفي الحد، وهو مذهب مالك الذي أخذ به ابن القاسم في "المدونة"[٢].

والثاني: أن عليه الحد في ذلك كله، إلا أن يكون المقول له أسود، أو ابن أسود، وإن كان من جنس البيض، فيقول له: يا ابن النوبي، أو يا ابن الحبشي، وهو مذهب ابن الماجشون في "الواضحة".

والثالث: أنه إن قال لبربري، أو فارسي، أو قبطي، أو نبطي: يا حبشي، أو يا نوبي؛ فعليه الحد، إلا أن يكون أسود أو في آبائه أسود.

وإن قال لحبشي، أو نوبي: يا بربري، أو فارسي، أو يا نوبي، أو يا فارسي، أو يا قبطي، أو يا نبطي، فلا حد عليه، وهو يأتي على أحد قولي مالك في "المدونة" في وجوب الحد على الذي يقول لبربري، أو رومي: يا حبشي، أن عليه الحد[٣].

قال: وأما العرب، فإنها تحفظ أنسابها، فمن نسب أحدًا من العرب إلى غير العرب، أو نسب أحدًا منهم إلى غير قبيلته، فعليه الحد قولا واحدًا، وقريش من العرب، والعرب ليست من قريش، فمن قال لقرشي: يا عربي، لم يُحَدّ، ومن قال لعربي: يا قرشي، حُدَّ، وكذلك كل قبيلتين يجمعهما أب واحد يُحَدُّ من نَسَبَ أحدًا من القبيلة الأعلى إلى القبيلة الأدنى، ولا يحد من نسب أحدًا من القبيلة الأدنى إلى القبيلة الأعلى. انتهى.

(ص): (وفي مثل زَنَتْ عَيْنُكَ أو رِجْلُكَ قولان: لابن القاسم، وأشهب)

(ش): فقول ابن القاسم في "المدونة": وجوب الحد، والخلاف مبني على أنه هل هو من التعريض أم لا؟

واستحسن اللخمي قول ابن القاسم، قال: إلا أن يكون بإثر ما تكلم به بباطل، أو بطيش بذلك، أو سعى فيه، وادعى أنه إنما أراد ذلك، فإنه يُحلف، ولا يُحد[٤].

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٤٢٩/٢، وجواهر الإكليل: ٤٥٢/٢.

(٢) انظر: المدونة: ٢٠٩/٦، والأصول: ص ٤٢٢.

(٣) انظر: البيان: ٤٢٥/٢٦، والنوادر والزيادات: ٢٦٦/٣٤، والعتبية: ٤٥٥/٥.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٢٠٨/٤، ومواهب الجليل: ٤٩٠/٨.

واختار جماعة قول أشهب؛ لإضافته عليه الصلاة والسلام الزنى إلى هذه الأعضاء، ثم قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ: "والفرج يصدق ذلك أو يكذبه"[(١)].

فأخبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ أن زِنَى هذه الأعضاء كالزنى، لكن الشاتم لم ينف الزنى عن الفرج، كما في الحديث.

واتفق ابن القاسم، وأشهب على الحد، إذا قال: زَنَى فَرْجُكَ[(٢)].

(ص): **(وفي ما لك أَصْلٌ ولا فَصْلٌ، ثالثها: إن كان من العرب حُدَّ له)**

(**ش**): الحد لأصبغ، وهو مقتضى اللفظ؛ لأن أصله هو أبوه، وقد نفاه عنه.

ونفيه لمالك: ورأى أن المقصود نفي الشرف فقط[(٣)].

والقول الثالث: حسن؛ لأن غير العربي لا يحافظ على نسبه[(٤)].

وقال ابن الماجشون: إن قاله في مشاتمة، فإن لم يكن من العرب؛ ففيه الأدب الخفيف مع السجن. وإن قاله لعربي، حُدَّ، إلا أن يعذر بجهالة، فيحلف ما أراد قطع نسبه، وعليه ما على من قاله لغير عربي، وإن لم يحلف، حُدَّ[(٥)].

(ص): **(ولو قال ابن عَمٍّ، أو مولًى لعربي: أنا خير منك، فقولان)**

(**ش**)، أي: لو قال ابن عم لابن عمه: أنا خير منك، أو قال ذلك مولى لعربي، فقولان، وقد ذكرهما ابن شعبان، واختار الوجوب فيهما، والأقرب خلافه؛ لأن الأفضلية قد تكون في الدين، أو الخُلُق، أو المجموع إلى غير ذلك، إلا أن يدل البساط على إرادة النسب. وحكى في "البيان " ثالثًا، إن قال: خير منك نسبًا، حُدَّ، وإن لم يقل نَسَبًا، وقال: حَسَبًا، فعليه الأدب فقط، وهو مذهب أبي حازم، وفيه نظر.

وقال مطرف، وابن الماجشون: يُحَدُّ، قالا: وكأنه قال: لست من العرب، إلا أن يريد أنا خير منك عند الله، ومثله يشبه، فيحلف ولا يُحَدُّ، وقاله أصبغ[(٦)].

ولمالك في "العتبية" في مولى قال لعربي: أنا خير منك وأقرب نسبًا برسول الله

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، رقم (٦٢٤٣) ومسلم، رقم (٢٦٥٨).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٢٦٥/٢٤، والبيان والتحصيل: ٤٢٤/٢٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٢٧٤/٢٤، ومعونة الطالب: ٥٩/٧.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٤٩٠/٨، ومنح الجليل: ٢٤٧/٩.

(٥) انظر: تبصرة الحكام: ٣٠٠/٢، والمنتقى، شرح الموطأ: ٢٥٤/٩.

(٦) انظر: الجواهر: ٢٢٤٦/٤، وحاشية الدسوقي: ٤٠٢/٦.

صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ، لا حَدَّ في هذا[١].

(ص): (وقوله: **لا أَبَ لَكَ مُغْتَفَرٌ، إلا في المشاتمة، فيَحلف**)

(ش): نحوه لمالك في "العُتْبِيَّة"، و"المُوَّازِيَّة"[٢]: أنه لا شيء عليه، قال: إلا أن يريد النفي، وهو مما يقوله الناس في الرِّضَى، قال في "المُوَّازِيَّة": وأما في المشاتمة، والغضب، فذلك شديد، ويحلف ما أراد نفيه[٣].

(ص): (**ولو نسبه إلى جده في المشاتمة، لم يُحَدُّ إلا ببيان القذف بخلاف عمه، وقال أشهب: يُحَدُّ فيهما، وقال أصبغ: لا يُحَدُّ فيهما، بخلاف خاله، وزوج أُمِّه**)

(ش): (جده): يشمل الجد للأب والأم، ونص في "المدونة" عليهما معا.

وقوله: (في المشاتمة)، يؤخذ منه الحكم في غيرها من باب أَوْلَى[٤].

وقوله: (إلا ببيان القذف)، هكذا قال في "المُوَّازِيَّة"، قال: مثل أن يتهم الجد بأمه[٥].

وقوله: (بخلاف عمه)، أي: فيُحَدُّ، وهكذا في "المدونة"، والفرق بينهما: أن الجدَّ أَبُ أَبٍ، وقال أشهب: يحده في جده وعمه بشرط أن يكون في مشاتمة، لا إن لم يكن فيها[٦].

ولا يؤخذ من كلام المصنف تقييد قول أشهب بالمشاتمة، إلا أن يقال: هو فرض المسألة في المشاتمة[٧]. صاحب النوادر، والباجي، واللخمي، وابن يونس، وابن شاس، وقاله أصبغ، واحتج بقوله تعالى: ﴿أَمْ كُنْتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ حَضَرَ يَعْقُوبَ الْمَوْتُ إِذْ قَالَ لِبَنِيهِ مَا تَعْبُدُونَ مِنْ بَعْدِي قَالُوا نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ إِلَهًا وَاحِدًا وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ﴾ [البقرة: ١٣٣]، وأظن أن ما نسبه المصنف لأصبغ وَهْمٌ[٨].

وقوله: (بخلاف خاله وزوج أُمِّه)، أي: فإنه يُحَدُّ اتفاقًا، وهذا كله إذا نسبه إلى غير

---

(١) انظر: المدونة: ٢٦٦/٢، والتهذيب: ٢٥٢/٢، والنوادر: ٢٧٢/٢٤.

(٢) انظر: المدونة: ٢٠٧/٦، و٢٢٤/٦، وجامع الأمهات: ص ٥٨، والتاج والإكليل: ٤٩٠/٨.

(٣) انظر: الشرح الكبير: ٤٠٢/٦، وحاشية الدسوقي: ٤٠٢/٦.

(٤) انظر: الشرح الكبير: ٤٠٢/٦.

(٥) انظر: الجواهر: ٢٢٤٦/٤، والشرح الكبير: ٤٠٢/٦.

(٦) انظر: النوادر: ٢٦٥/٤، والتاج والإكليل: ٤٩٤/٨.

(٧) انظر: التهذيب: ٤٠٢/٤، والتبصرة: ٤٦٤/٤.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٢٥٤/٢٤، والذخيرة: ٤٩/٢٢.

أبيه، لا على وجه الاستفهام؛ وأما إن كان على وجه الاستفهام، فلا إشكال في نفي الحد[١].

(ص): (ولو قال: يا زانية، فقالت: بك زَنَيْتُ؟ فقال مَالِكٌ: عليها حد الزنى والقذف دونه؛ لأنها صَدَّقَتْهُ، وقال أشهب: إلا أن تقول: قصدتُ المُجَاوَبَة، فعليه حد القذف دونها، وقال أصبغ: يُحَدَّان حد القذف، كما لو قال: أنتِ أَزْنَى مِنِّي)

(ش): الأول مذهب "المدونة"، قال: إلا أن ترجع عن حد الزنى، فعليها حد القذف؛ لأنها صَدَّقَتْهُ[٢].

وقال أشهب: عليها حد الزنى والقذف، إلا أن تقول: قصدتُ المجاوبة، فيُحَدُّ الرجل للقذف، ولا تُحَدُّ هي لقذف ولا زنى[٣].

وقال أصبغ: يُحَدَّان للقذف، وليس لأحدهما الرجوع؛ لأن قولها ليس بتصديق، ولكن ذلك رَدٌّ عليه[٤].

وقوله: (كما لو قال: أنت أَزْنَى مني)، هي حجة ظاهرة لأصبغ إن وافقوه على الحكم فيها، وقد نُقِلَ في "الموازية" عن مالك مثل قول أصبغ، وقاله ربيعة، وخالفهما ابن شهاب، وقال: ذلك قذف، وإقرار على نفسه بالزنى، كالقول المتقدم[٥].

وقول المصنف[٦]: (يا زانية)، تقديره: قال لامرأة: يا زانية، وهكذا قال في "المدونة"، وظاهره: أنه لا فرق في ذلك بين زوجته والاجنبية، وفَرَّقَ بينهما ابن القاسم في رواية يحيى في "العُتْبِيَّة"، فقال في الأجنبية: كما في "المدونة"، وقال في الزوجة: لا أرى عليها شيئًا؛ لأنها تقول: أَرَدْتُ إصابته إياي بالنكاح، فيدرأُ عنها الحد بهذا، ولا بعد منها إقرارًا بالزنى، قال عنه عيسى: ويجلد الزوج الحد، إلا أن يلاعن.

ابن رشد: وهو مبني على أحد القولين في اللعان بمجرد القذف. وقال عيسى: لا حد عليه، ولا لعان[٧].

---

(١) انظر: المدونة: ٢٠٢/٦، والذخيرة: ٥٠/٢٢.
(٢) انظر: المدونة: ٢٤٢/٦، والنوادر والزيادات: ٢٥٤/٢٤.
(٣) انظر: حاشية العدوي: ٤٢٥/٢، ومنح الجليل: ٢٥٦/٩.
(٤) انظر: الجواهر: ٢٢٤٩/٤، وكفاية الطالب الرباني: ٢٢٢/٤.
(٥) انظر: الذخيرة: ٤٠/٦، وحاشية الدسوقي: ٤٠٦/٤، ومنح الجليل: ٢٢٧/٦.
(٦) انظر: حاشية العدوي: ٤٢٩/٢، وجواهر الإكليل: ٤٥٢/٢.
(٧) انظر: المعلم: ٢٥٦/٢، والهداية: ٤٨٦/٢، والإنصاف: ٢٧٠/٢٠.

واختلف فيمن قال لرجل: يا ابن الزانية، فقال الآخر: أخزى الله ابن الزانية، فقال ابن القاسم: يحلف المجاوب ما أراد قذفًا، وإن لم يحلف سُجِنَ حتى يحلف[١]. وقال أصبغ: هو تعريض، ويحدان جميعًا.

وفي "المدونة": إذا قال حُرٌّ لعَبْدٍ: يا زان، فقال له العبد: بل أنت الزاني، نكل الحر، وجلد العبد جلد الفرية أربعين[٢].

ولابن القاسم في غير "المدونة": من قال لنصراني: يا ابن الفاعلة، فقال النصراني: أخزى الله ابن الفاعلة، فيحلف النصراني ما أردت قذفه، فإن نكل سُجِنَ حتى يحلف[٣].

وقال أصبغ: يحد النصراني؛ لأنه جواب عن المشاتمة، ويُعَاقَب المسلم، قال: ومن قال لرجل: يا أحمق، فقال الآخر: أَحْمَقُنَا ابن الزانية، فهو قذف من قائله؛ لأنه جواب للشتم، واستتار عن القذف بذكر الحمق، وسواء كان المقول له أحمق، أو حليمًا[٤].

(ص): (ولو قال: زَنيت مستكرهةً حُدَّ، ولا يُلاعن في الزوجة، فإن أَتَى بِبَيِّنَةٍ على الإكراه لم يُحَدَّ)

(ش)، أي: حُدَّ في الأجنبية، ولاعن الزوجة، فإن أقام بينة على الإكراه سقط الحد، هذا مذهب "المدونة". وفي "المُوَّازِيَّة": يُحَدُّ وإن أقام البينة؛ لأنها ليست بذلك زانية.

وإنما يقال: زَنَى بها، ورأى أن ذلك تعريض لها بالزنى طوعًا[٥].

اللخمي: والأول أَبْيَنُ؛ لأن ذلك مما لا تميزه العامة[٦].

وإن قال الرجل لزوجته: زنيت وأنت صبية، أو كافرة، أو قال: يا زانية، وقال: أردتُ أنها فعلت ذلك قبل البلوغ والإسلام، فقال ابن القاسم في الكتاب: يُحَدُّ قائل ذلك، أثبت ما قاله ببينة أم لا؟

وقال عبد الملك: إن أثبت ذلك ببينة لم يُحَدّ، وإلا حُدَّ[٧].

---

(١) انظر: المدونة: ٢٥٠/٦، والذخيرة: ٦٢/٢٢.

(٢) انظر: المدونة: ٢٨٧/٢، والتهذيب: ٤١٨/٤.

(٣) انظر: المدونة: ٢٨٦/٢، والتهذيب: ٤٠٨/٤.

(٤) انظر: التفريع: ٢٢٢/٢، والمعونة: ٤٠٨/٢.

(٥) انظر: الذخيرة: ٤٨/٢٢.

(٦) انظر: المدونة: ٢٨٦/٢، والتهذيب: ٤٠٨/٤.

(٧) انظر: جامع الأمهات: ص ٢٦٦، وحاشية الدسوقي: ٢٠٨/٤.

وقال أشهب: مثل ذلك إذا قال: يا زانية[١].

وإن قال لها: زنيت وأنت صبية، أو نصرانية، فإن كان ذلك في مشاتمة، حُدَّ، إلا أن يأتي على ذلك ببينة، وإن كان في غير مشاتمة، فلا حد عليه[٢].

فعند ابن القاسم إذا قال ذلك لزوجته يُلاعن؛ لأنه قاذف أو مُعَرِّض، وعلى قول أشهب، وعبد الملك: لا لعان عليه إذا أثبت ما رماها به، وهو أحسن، ولم يذكر ابن القاسم صفة لعانه، ويشبه أن يكون لعانه أن يشهد أربع شهادات أنه لم يرد تعريضًا، وأنه لم يرد إلا ما ثبت أنه كان في الصبا، أو الكفر لا علم عنده بغير ذلك، ثم لا يكون عليها لعان؛ لأنه لم يثبت أنه كان منها وهي في عصمته شيء ولا ادعاه[٣].

وأما إن قال لعبد، أو أمة قد عُتِقَا: قد زنيتما في حال رقكما، أو قال لهما[٤]: يا زانيان، ثم أقام بينة أنهما زَنَيَا في الرق، لم يُحَد القاذف، وحُدًّا لأن اسم الزنى في الرق لازم لها، ويلزم فاعله الحد، بخلاف قوله: زنيت وأنت نصرانية، أو صبية[٥].

(ص): (ولو قال لجماعة: أحدكم زان لم يُحَدَّ، ولو قام الجميع)

(ش): هكذا قال ابن المواز، ولم يعين قائله، بل قال: قيل، واستبعده ابن رشد رحمه الله تعالى إذا قام الجميع؛ لأنه يعلم أنه قاله لأحدهم، فلا حجة له. قال ووجهه على بعده: أن المقذوف لما لم يُعرف مَنْ هو منهم، لم يُحَدّ؛ لأن الحد إنما هو لإسقاط المعرة عن المقذوف، والمعرة لم تلحق واحدًا منهم، فيحد له ولا لجميعهم، إذ لم يقذف إلا واحدًا.

(ص): (ولو قال: يا زوج الزانية، وله امرأتان، فعفت إحداهما، وقامت الأخرى، حلف ما أرادها، فإن نكل حُدَّ، فقيل: اختلاف، وقيل بالفرق بين الاثنين، وما قاربهما وبين الكثير)

(ش): هكذا قال في "العُتْبِيَّة"، و"الواضحة".

قال في "البيان": وهكذا لو كان له امرأة واحدة وقامت، لكان القول قوله مع يمينه

---

(١) انظر: جواهر الإكليل: ٢ / ٢٠٥، وحاشية الدسوقي: ٤/٢٠٩.

(٢) انظر: التفريع: ٢/٢٢٢، والمعونة: ٢/٤٠٨.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ص ٢٦٦، وحاشية الدسوقي: ٤/٢٠٨.

(٤) انظر: الجواهر: ٤/١٢٤٩، وكفاية الطالب الرباني: ٤/٢٢٢.

(٥) انظر: جواهر الإكليل: ٢ / ٢٠٥، وحاشية الدسوقي: ٤/٢٠٩.

أنه إنما أراد الميتة[١].

وعارض الباجي هذه المسألة بالمسألة التي قبلها، قال: ويحتمل أن تكون الجماعة في المسألة الأولَى خرجوا بكثرتهم عن حد التعيين، وأن الاثنين في مسألة "العتبية" وما قَرُبَ من ذلك في حيز المُعَيَّن، ويحتمل أن يكون اختلافا، وعلى هذا فقول المصنف: فقيل: ليس بظاهر؛ لأن الباجي رحمه الله تعالى إنما ذكر احتمالين[٢].

وقد نقل ابن شاس رحمه الله تعالى كلام الباجي نقلا حسنًا، والله أعلم[٣].

(ص): (**ولو قال: أنا نَذِلٌ، أو نَغِلٌ، أو وَلَدُ زِنَى؛ حُدَّ لقذف أُمِّهِ**)

(ش): الجوهري رحمه الله تعالى: النَّذَالَة: السَّفَالَة، وقد نَذُلَ بالضم فهو: نذل ونذيل، أي: خسيس، وعلى هذا فيكون نذل من باب التعريض[٤].

وقوله: (ونَغِل) بكسر الغين المعجمة، الجوهري: وفلان نَغِلٌ، أي: فاسد النسب، والعامة تقول نُغْلٌ[٥].

وقال الزُّبَيْدِي: النَّغِل: هو ولد الزانية[٦].

وهذه المسألة نقلها ابن شاس عن القاضي أبي عبد الله بن هارون المالكي البصري، وهي ظاهرة.

(ع): وطرد التعليل يقتضي أن من قال لرجل: يا ولد الزنى، أو أنت ولد زنى، ثم عَفَا المقول له ذلك عن القاذف، فإن للأم القيام بحقها[٧].

(ص): (**ويُحَدُّ الأبُ لولده، واستثقله مالك، وقال أصبغ: لا يُحَدُّ، وعلى الحد يفسق**)

(ش): الأول نقله الباجي، عن مالك وأصحابه، وبقول أصبغ قال ابن حبيب، وهو كقول أشهب: أن الأب لا يقتل بابنه بحال[٨].

---

(١) انظر: الجواهر: ٢٢٤٥/٤، والذخيرة: ٦٩/٢٢.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤٢/٥، وأصول الفتيا: ص ٢٨٨، والنوادر والزيادات: ٢٤٤/٢٤.

(٣) انظر: الجواهر: ٢٢٤٩/٤، وكفاية الطالب الرباني: ٢٢٢/٤.

(٤) انظر: المعلم: ٢٥٦/٢، والهداية: ٤٨٦/٢، والإنصاف: ٢٧٠/٢٠.

(٥) انظر: الشرح الكبير: ٤٢٥/٦، شرح حدود ابن عرفة: ٦٤٣/٢.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٢٤٤/٢٤، والبيان: ٤٢/٥.

(٧) انظر: الجواهر: ٢٢٤٥/٤، والذخيرة: ٦٩/٢٢.

(٨) انظر: الجواهر: ٢٢٤٥/٤، والذخيرة: ٦٩/٢٢.

وقوله: (واستثقله مالك): ظاهره الكراهة، ويحتمل المنع؛ لقوله في تمام الرواية: (ليس ذلك من البر)، فيكون كقول أصبغ[١].

وقوله: (وعلى الحد)، فيفسق، وتسقط عدالته، واستشكل ذلك؛ لأن تفسيقه يقتضي أن يكون معصية، وكيف يحكم له الحاكم بالمعصية.

وقيل في التحليف: أن له أن يحلفه، ولا يكون جرحةً، فانظر هل يأتي هذا القول هنا[٢].

(ص): (ولو قال في مُنَازَعَةٍ: لست بابني، أُحْلِفَ بخلاف غيره)

(ش): هذه المسألة في "المدونة"، وغيرها، ففيها: وإن قال: إنه ليس بولدي، وطلبت الأم أو غيرها الحد، وقد كان فارقها أبوه، فإن حلف أنه لم يُرِدْ قَذْفًا، وأنه أراد قلة طاعته له، لم يُحَدّ، وإن نكل حُدَّ[٣].

وإن كانت الأم حَيَّةً كان القيام لها دون بنيها، وأخذ الباجي منها: أن الحد ثابت إن لم يحلف[٤].

(خ): وقد نص عليه في "المدونة" كما ذكرنا.

الباجي رحمه الله تعالى: ولو عَفَا بعضهم، كان لبقيتهم القيام، والمذهب كذلك بخلاف الدم؛ لأن للدم عوضٌ وهو المال، فلا يبطل حق من لم يعف مطقًا؛ لأنه وإن بطل في الدم لم يبطل في عوضه، وأما الحد فلا عوض عنه بحال[٥].

وقوله: (بخلاف غيره)، أي: بخلاف غير الأب، إذا قال في منازعة: لست بابن فلان، سواء كان من القرابة أم لا، كالجد والعم والخال، قال في "المُوَّازِيَّة": فإنهم يحدون[٦].

قال في "المُوَّازِيَّة"، و"العُتْبِيَّة": وأما إن شتموه، فلا شيء عليهم إذا كان على وجه الأدب، وكأنه لم ير الأخ مثلهم إذا شتمه[٧].

---

(١) انظر: المعلم: ٢/٢٥٦، والهداية: ٢/٥٨٦، والإنصاف: ٢٠/٢٧٠.

(٢) انظر: التفريع: ٢/٢٢٢، والمعونة: ٢/٥٠٨.

(٣) انظر: الجواهر: ٥/٢٢٥٥، والذخيرة: ٢٢/٦٩.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٢/٥٢٩، وجواهر الإكليل: ٢/٥٥٢.

(٥) انظر: التهذيب: ٥/٥٠٢، والتبصرة: ٥/٥٦٥.

(٦) انظر: المدونة: ٦/٢٠٧، و٦/٢٢٥، وجامع الأمهات: ص ٧٦، والتاج والإكليل: ٨/٥٩٠.

(٧) انظر: بيان المختصر: ٥/٥٨٢، وإرشاد الفحول: ص ٥٥٧.

قال في "البيان": يريد إذا قرب منه في السن، قال: وأما إن كان له عليه من الفضل في السن، والسداد، والعقل ما يُشبه أن يكون شتمه إياه أدبًا، فهو كالجد والعم الخال[١].

(ع): ويحتمل أن يعود قوله: (بخلاف غيره)، على التنازع، أي: إنما تقبل منه اليمين ويسقط عنه الحد في التنازع؛ لأنه قرينة في عصيان الابن لأبيه، وأما إن لم يكن تنازع، فلا يقبل منه ذلك ويحد. انتهى[٢].

وظاهر "المدونة": سقوط الحد عنه مطلقًا[٣].

(ص): (والملاعنة وابنها كغيرهما)

(ش)، أي: لو قال للملاعنة: يا زانية، حُدَّ لها، كغيرها. ولو قال لولدها: يا ابن زنى، حُدَّ له؛ لأن الملاعنة لم تثبت زناها[٤].

فصل: في موجب القذف وشرطه

(ص): (ومُوجَبُهُ ثمانون جلدة على الحرّ، ونصفها على الرقيق)

(ش)، أي: الذي يوجبه القذف ثمانون، بنص القرآن العظيم[٥].

وقوله: (ونصفها على الرقيق)، يعني: كاملة ومبعضة؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥].

وألحق الذكر بالأنثى بقياس لا فارق[٦].

وفي كتاب ابن شعبان: وعلى العبد ثمانون، إذا قذف حُرًّا، لأن للمقول له، واختاره اللخمي.

(ص): (وشَرْطُهُ في القاذف: التكليف، وفي المقذوف: الإحصان، وهو البُلُوغ، والإسلام، والحرية، والعفاف، ويَخْتَصُّ البلوغ والعفاف بغير المنفي، وإطاقة الوطء في المقذوفة كالبلوغ)

---

(١) انظر: البيان: ٥٢٥/٢٦، والنوادر: ٢٦٦/٢٥، والعتبية: ٥٥٥/٥.

(٢) انظر: النوادر: ٢٦٥/٥، والتاج والإكليل: ٥٩٥/٨.

(٣) انظر: النوادر: ٢٧٥/٢٥، والبيان والتحصيل: ٥٢٥/٢٦.

(٤) انظر: الجواهر: ٢٢٥٨/٥، والذخيرة: ٦٨/٢٢.

(٥) انظر: النوادر: ٢٦٥/٥، والتاج والإكليل: ٥٩٥/٨.

قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤]

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٥٢٥/٢٦.

(ش): قال في "التلقين": تراعى في ذلك تسع خصال: اثنان في القاذف، وخمس في المقذوف، واثنان في الشيء المقذوف به[١].

فَأَمَّا ما يراعى في القاذف: فالعقل، والبلوغ؛ وأما ما يراعى في المقذوف: فالعقل، والبلوغ، والإسلام، والحرية، والعفة عما رمى به، ويختلف حكم البلوغ في المقذوف بالذكورة والأنوثة، فيراعى في الذكر بلوغ التكليف، وفي الأنثى إطاقة الوطء؛ وأما ما يراعى في المقذوف به فشيئان: أن يكون القذف بوطء يلزمه به الحد، وهو الزنى، واللواط، أو نفي نسب المقذوف عن أبيه فقط. انتهى[٢].

فقوله: (وشرطه في القاذف: التكليف)، أي: يكون بالغًا عاقلا، فلذلك يُحَدُّ الكافر ثمانين؛ لأنه وإن لم يكن مكلفًا بالفروع على أحد القولين، فهو مكلف بالإيمان إجماعًا، ورُوِيَ أن الكافر ينكل من غير تحديد[٣].

ابن عبد البر: والأول أصح.

واختلف في الحربي، فقال ابن القاسم: يُحَدُّ، وقال أشهب: لا حَدَّ عليه[٤].

وقوله: (وفي المقذوف الإحصان... إلى آخره)، ظاهر التصور.

ومنه يُعلم أن الإحصان هنا خلاف الإحصان المشترط في الرجم، إذ لا يشترط هنا العقد الصحيح اللازم، والوطء المباح[٥].

وقوله: (ويختص البلوغ والعفاف بغير المنفي)، يريد: والعقل، ومراده بغيره المنفي، إذا رَمَى بزنى أو لواط، وأما إذا نَفَى، فلا فرق بين أن يكون بالغًا، أو لا، عفيفًا أو لا[٦]، والظاهر: أنه إنما يشترط البلوغ في اللواط إذا كان فاعلا، وأما إن كان مفعولا به فلا، وهو أَوْلَى من البنت في ذلك، وقاله الشيخ أبو محمد صالح وغيره[٧].

وما ذكره المصنف في أن إطاقة الوطء في المقذوفة كالبلوغ، هو المشهور.

---

(١) انظر: البيان: ٥٢٥/٢٦، والنوادر: ٢٦٦/٢٥، والعتبية: ٥٥٥/٥.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ص ٢٦٦، وحاشية الدسوقي: ٢٠٨/٤.

(٣) انظر: الجواهر: ٢٢٤٩/٤، وكفاية الطالب الرباني: ٢٢٢/٤.

(٤) انظر: جواهر الإكليل: ٢ / ٢٠٥، وحاشية الدسوقي: ٢٠٩/٤.

(٥) انظر: الجواهر: ٢٢٤٥/٤، والذخيرة: ٦٩/٢٢.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٢٤٤/٢٤، والبيان: ٤٢٦/٥.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٢٤٥/٢٤، والبيان: ٧٤٣/٥.

وقال محمد بن عبد الحكم، وابن الجهم: لا حَدَّ عليه في ذلك[1].

وأما إن لم تطق الوطء، فلا حد على قاذفها اتفاقًا؛ لأنه يقطع بكذب قاذفها، وإنما حُدَّ على المشهور في المطيقة؛ لأن المعرة تحلقها، كالبالغة[2].

ابن عبد البر: ولا يكلف المقذوف إقامة البينة على حرية أمه، ولا على عفافها، فإن أقام القاذف البينة على ما يسقط به الحد من رق المرأة، أو كفرها، أو أنها زانية، وإلا حُدَّ حَدَّ القذف[3].

وبقي على المصنف في المقذوف اشتراط العقل، وأن تكون معه آلة الوطء، فلا حد على من قذف مجنونًا إذا كان جنونه من حين بلوغه إلى حين قذفه لا تتخلله إفاقة.

اللخمي: لأنه لا معرة عليه لو صَحَّ فِعْلُ ذلك منه، وأما إن بلغ صحيحًا، ثم جُنَّ، أو كان يجن ويفيق، فإن قاذفه يُحَدُّ، وكذلك المجبوب إذا كان جبه قبل بلوغه؛ لأنه مما يعلم كذب قاذفه، فلم تلحقه معرة، وإن كان جبه بعد البلوغ حُدَّ، وكذلك الحصور الذي ليس معه آلة النساء[4].

(ص): **(ويُشترط في المنفي شرطُ من يُحَدُّ قاذفه لا في أَبَوَيْه؛ لأن الحَدَّ له، ولذلك فُرِقَ بين يا ابن الزاني، أو الزانية، وبين يا ابن زِنْيَة)**

(ش): قوله: (**شرط من يُحَدُّ قاذفه**)، إنما يشترط فيه الإسلام، والحرية، وأما البلوغ والعفاف، فقد ذكر أنهما يختصان بغيره[5].

وذكرنا نحن أن العقل مساو لهما، فلذلك إذا قال لِحُرٍّ مسلم، وهو ابن كافرين، أو رقيقين: يا ابن الزاني، أو الزانية؛ لا حَدَّ عليه؛ لأنه لم ينفه، وإنما قذف عبدين، أو كافرين، وحد القائل له: يا ابن زِنْيَة؛ لأنه نفاه عن نسبه، وهو حر مسلم[6].

ويُسْتَثْنَى من هذا الصحابي، فقد قال ابن شعبان: إن من قذف أم أحدهم رضي الله عنهم وهي كافرة، حُدَّ حَدَّ الفِرْيَةِ؛ لأنه سَبٌّ له، فإن كان أحد من ولد هذا الصحابي

---

(١) انظر: النوادر: ٢٦٥/٥، والتاج والإكليل: ٥٩٥/٨.

(٢) انظر: جواهر الإكليل: ٢ / ٢٠٥، وحاشية الدسوقي: ٢٠٩/٤.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٤٢٩/٢، وجواهر الإكليل: ٤٥٢/٢.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٤٢٩/٢، وجواهر الإكليل: ٤٥٢/٢.

(٥) انظر: الجواهر: ٢٢٤٦/٤، والشرح الكبير: ٤٠٢/٦.

(٦) انظر: النوادر: ٢٦٥/٤، والتاج والإكليل: ٤٩٤/٨.

حَيًّا، قام بما يجب له، وإلا فمن قام به من المسلمين، فعلى الإمام قبول قيامه، قال: وليس هذا كحقوق غير الصحابة رضي الله عنهم؛ لحرمة هؤلاء بينهم[1].

قال: وإن قال في واحد منهم: إنه ابن زانية، وأمه مسلمة؛ حُدَّ عند بعض أصحابنا حدين: حَدًّا له، وحَدًّا لأمه، ولا أجعله كقاذف الجماعة في كلمة؛ لفضل هذا على غيره[2].

اللخمي: وإن كان الأبوان حُرَّين مسلمين والولد كذلك، فقال رجل للولد: لست لأبيك، حُدَّ للولد؛ لقطع نسبه، وللأم؛ لانه قذفها، فإن عَفَا أحدهما، فإن الآخر على حقه، ويجزئ في ذلك حَدٌّ واحد على قول مالك، وهو بمنزلة من قَذَفَ رجلا، وقَطَعَ نَسَبَ آخر، وإن كان الابن وحده حُرًّا، حُدَّ القائل؛ لقطع النسب وحده، وإن عفا، لم يكن لأحد أبويه قيام، ونكل لهما، وإن مات قبل أن يقوم، أو قيل ذلك له بعد موته، كان الحق لأبيه يقوم بحده، وإن كانت الأم وحدها حرة، كان الحق لها خاصة؛ لقذفها[3]، وإن كان الأب وحده حُرًّا، لم يكن لواحد من الثلاثة قيام؛ لأنه قطع نسب عبد، وقذف أمه، وإن كان الابن والأم حُرَّين، حُدَّ لهما جميعًا، وإن كان الابن والأب حُرَّين، حُدَّ، لِقَطْعِ النسب خاصة، وإن كان الأبوان حُرَّين، حُدَّ؛ لقذف الأم خاصة، وإن عفت لم يكن للأب في ذلك مقال. وهذا هو الصحيح من المذهب[4].

وقد اختلف في الوجه الذي يقصده القاطع للنسب ما هو؟ فقيل: ذلك لأن الأم زَنَتْ به وألحقته بهذا الأب، وقيل: لأن الأب زَنَى به مع غير هذه التي يقول: إنها ولدته، وقيل: إن ذلك من غير زنى، ويحتمل أن تكون أتت به، ولم تلده. ثم تمادى اللخمي في هذا الكلام[5].

واقتصرنا على هذا؛ لئلا نبعد عن كلام المصنف.

(ص): **(والعفاف أن لا يكون معروفًا بمواضع الزنى، بخلاف السارق، والشارب وشبهه)**

---

(١) انظر: الجواهر: ٣/١١٤٥، والذخيرة: ١٢/٦٩.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/٤٢، وأصول الفتيا: ص ١٨٨، والنوادر والزيادات: ١٤/٢٣٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/٢٣٥، والبيان: ٥/٤٣.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/٥٨٢.

(٥) انظر: التفريع: ٢/٢٢١، والمعونة: ٢/٣٠٨.

(ش): هكذا نقل في "الجواهر " عن الأستاذ، فقال: ومعنى العفاف: أن لا يكون معروفًا بالقيان، ومواضع الفساد، والزنى، فلو قذف معروفًا بالظلم، والغصب، والسَّرِقَة، وشرب الخمر، وأكل الرِّبا، والقذف، لَحُدَّ له إذا كان غير معروف بما ذكرنا، ولم يثبت عليه ما رُمِيَ به، فإن ثبت أو كان معروفًا بذلك، لم يُحَدّ قاذفه[١].

(ع)، وغيره: ومقتضى مسائل المذهب خلافه، وأنه لا يخرجه من الحد إلا أن يكون ممن حُدَّ في الزنى، أو ثبت عليه الزنى، وإن لم يُحَدّ له[٢].

واختلف إذا أقام شاهدين على إقراره بالزنى، بناء على أنه هل يثبت الإقرار بشاهدين، أو لا؟ وهذا في ظاهر الحكم.

وأما الباطن ففي "المدونة": أن المقذوف إذا كان يعلم من نفسه أنه زنى، جاز أن يقوم بحد القذف. وقال ابن عبد الحكم: لا يجوز له القيام به. وقال ابن القاسم: إن كان المقذوف يعلم أن القاذف اطلع على زناه وتحققه، فقذفه لأجل ذلك، لم يكن للمقذوف أن يقوم بحده، واختار بعضهم قول ابن عبد الحكم[٣].

(ص): **(ويسقط الإحصان بثبوت كل وطء يُوجِبُ الحَدَّ قبل القذف، أو بعده، ولو كان عدلا)**

(ش): قوله: (يسقط الإحصان)، أي: المشترط هنا لا في الرجم[٤].

قوله: (ثبوت كل وطء يوجب الحد)، فيخرج البهيمة، ووطء الشبهة[٥].

قوله: (قبل القذف، أو بعده)، أي: قبل حد القذف، أو بعده، ولا يعود إليه الإحصان، ولَمَّا كان الإحصان مركبًا من أربعة أوصاف، لزم انعدامه بإنعدام وصف منها، وإنما خص المصنف، والله أعلم، الكلام بما يضاد وصف العفاف؛ لأن ما عداه من الأوصاف، وهي: الصغر والكفر والرق بعرضية الزوال، بخلاف سقوط العفاف[٦]؛ لوجود الزنى، فإنه لازم، لا يعود بعده أبدًا، ولو تاب المقذوف، وحسنت حالته، وهو

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤٨/١٢.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤٢/٥، وأصول الفتيا: ص ١٨٨، والنوادر والزيادات: ٢٣٤/١٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٢٣٤/١٤، والبيان: ٤٢/٥.

(٤) انظر: جامع الأمهات: ص ٢٦٦، وحاشية الدسوقي: ١٠٨/٣.

(٥) انظر: الإبهاج: ١٠٦/٢، والتقرير والتحبير: ٢٤٣/٣.

(٦) انظر: الجواهر: ١١٤٥/٣، والذخيرة: ٦٩/١٢.

مراد المصنف بقوله: (ولو كان عدلا)، فكان بمعنى: صار[١].

(خ): وقوله: (بثبوت) يقتضي أنه لا يسقط إلا بذلك، وهو خلاف ما فسر به العفاف؛ لقوله: أن لا يكون معروفًا إلى آخره، فانظره[٢].

فصل: فيمن يحق له القيام بحق المقذوف

(ص): (وللوارث القيام بِحَدِّ القذف، ولو قذف بعد الموت)

(ش)، يعني: للوارث القيام بحد القذف، سواء تقدم القذف على الموت، أو تأخر عنه، وهو مقيد بأن لا يعفو عنه قبل موته، ولا أوصى بالقيام به؛ لأنه إن عَفَا، فليس للوارث قيام. قاله اللخمي، وكذلك إن أَوْصَى بالقيام له، لا يكون للوصي العفو، وإنما لهم القيام والعفو إذا لم يقل شيئًا[٣].

وقوله: (الوارث) مخصوص بغير الزوج والزوجة، فإنه لا قيام لهما، واحترز بالوارث ممن لا يرث كابن البنت.

وقوله: (الوارث)، يحتمل من يرث في الجملة، وإن لم يكن الآن وارثًا، وهو قول ابن القاسم، ويحتمل: من يرث في الحال، وهو مذهب أشهب، ويتضح لك ذلك بالوقوف على كلام اللخمي[٤]، فقال رحمه الله: والورثة: الابن، وابن الابن، والأب، والأخ، وابن الأخ، والجد، والعم، وابن العم، من انفراد منهم بالميت كان له القيام، قال: واختلف إذا اجتمعوا، فَعَفَا بعضهم، وفي دخول العصبة إذا لم يكن هناك من هو أقرب منهم، وفي الإناث كالبنات، والأخوات إذا انفردن[٥]، فقال ابن القاسم في "المدونة": القيام لولده، وولد ولده، وأبيه، وأجداده لأبيه، ومن قام منهم أخذه بحده، وإن كان ثَمَّ من هو أقرب منه؛ لأنه عيب يلزمهم، ولا يقوم عصبته مع هؤلاء، ولهم أن يقوموا إذا لم يكن أحد من هؤلاء، ويقمن البنات، والأخوات، والجدات، ولا يقوم الأخ، وثَمَّ ولد، أو ولدُ ولد، فأدخل النساء، والعُصبة في القيام بذلك[٦].

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ص ٢٦٦، وحاشية الدسوقي: ٣/١٠٨.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٦/٢٣١، والذخيرة: ١٢/٩٤.

(٣) انظر: المدونة: ٦/٢٠٩، والنوادر والزيادات: ١٤/٢٦٠، وكفاية الطالب الرباني: ٣/١٢١.

(٤) انظر: جواهر الإكليل: ١ / ٢٠٥، وحاشية الدسوقي: ٣/١٠٩.

(٥) انظر: جواهر الإكليل: ١ / ٢١٥، وحاشية الدسوقي: ٣/٢١٩.

(٦) انظر: المدونة: ٦/٢٥٠، والذخيرة: ١٢/٦٢.

وقال في كتاب محمد: إن ترك الميت ولدًا، أو ولدَ ولدٍ، وأبًا، وجدًّا لأب؛ فَهُمْ سواء، ومن قام منهم، فله أن يحده، وإن كان غيره أقرب منه، فأما الإخوة، أو بنات، أو أخوات، أو جدات، أو غير من سمينا؛ فلا قيام له بحد الميت إلا أن يوصي، فأسقط قيام الإخوة، والعُصبة، وسائر النساء[1].

وقال أشهب: ذلك للأقرب فالأقرب، ولا قيام لابن الابن مع الابن، ولا عفو، ثم ابن الابن، ثم الأب، ثم الأخ، ثم الجد، ثم العم، وكذلك قراباته من النساء الأقرب فالأقرب[2].

وقول ابن القاسم أحسن؛ لأنه عيب يشملهم، إلا العصبة، فإن قيامهم ضعيف[3].

وقال اللخمي: فإن لم يخلف أحدًا من نسبه يقوم بذلك، ولا أوصى بالقيام، لم يقم بذلك، وهذا على القول: إنه حق للمقذوف، وعلى القول: إنه حق لله سبحانه وتعالى يقوم به الإمام، والله أعلم[4].

فرع

وإن قذف غائبًا، فإن كان قريب الغيبة، لم يكن لولده، ولا لغيره قيام، ويكتب للمقذوف في ذلك[5].

واختلف في بعيد الغيبة، فلابن القاسم في "المدونة"، وغيرها: لا يقوم بحده ولده، ولا غيره[6].

محمد: وقيل: ذلك لولده.

ولابن القاسم في "الواضحة": ذلك للولد في أبيه، وأمه، وليس ذلك لغيره من الأقارب[7].

واختلف على نفي حده، هل يسجن حتى يقدم الغائب؟ فقال ابن الماجشون: يسجن حتى يأتي من له عفو، أو قيام بالحد.

---

(١) انظر: المدونة: ٦/٢٥١، والذخيرة: ١٢/٦٤.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٢/٩، وشرح مختصر خليل: ٨/٦١.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: ٤/٢٤٢، والفواكه الدواني: ٢/٢٥٩.

(٤) انظر: الذخيرة: ١١/٢٦٤، والكافي: ٢/٩٩٣، والمدونة: ٤/٦١٥.

(٥) انظر: المدونة: ٢/٢١٠، ومنح الجليل: ١٩/٤٠٠.

(٦) انظر: المدونة: ٢/٢٨٨، والتهذيب: ٤/٤١٠.

(٧) انظر: الشرح الكبير: ٦/٣١٢، شرح حدود ابن عرفة: ٢/٦٤٢.

اللخمي: وظاهر "المدونة" أنه لا يعرض له شيء لا من حد، ولا من غيره.

(ص): **(ولو قَذَفَ قذفاتٍ لواحدٍ، أو جماعةٍ، فَحَدٌّ واحدٌ على الأصح. وثالثها: إن كان بكلمة واحدة)**

(**ش**): ظاهره أن الخلاف في الصورتين، وليس كذلك، فإن الخلاف إنما هو في الثانية[1].

وأما الأولَى: وهي إذا قذف واحدًا مرات، فيُكْتَفَى بِحَدٍّ واحدٍ من غير خلاف[2].

والأصح مذهب "المدونة"، قال: وإن قام به أحدهم فضرب له، كان ذلك الضرب لكل قذف تقدمه، ولا يُحَدُّ لمن قام به منهم بعد، وسواء كان في مجلس، أو مجالس[3].

والقول الثاني حكاه ابن شعبان، فقال: ومن أصحابنا من قال: يُحَدُّ بعدد من قذف، سواء كان مفترقًا، أو بكلمة واحدة، وخرجه الأستاذ أبو بكر على الخلاف في حد القذف، هل هو حق لله تعالى، أو للآدمي[4]؟

ولم أقف على القول الثالث.

ونقل اللخمي، عن المغيرة، وابن دينار: أنهم إن قاموا جميعًا، فَحَدٌّ واحد لهم، وإن افترقوا فلكل واحد منهم حد. واختاره ابن رشد رحمه الله تعالى[5].

فصل: في القذف بعد الحد، وفي أثنائه

(ص): **(ولو حُدَّ ثم قَذَفَ ثانيًا، حُدَّ ثانيًا على الأصح)**

(**ش**): تصوره ظاهر.

محمد: ولو قال بعد أن حُدَّ له: ما كذبت عليه، أو لقد صدقت، حُدَّ ثانيًا؛ لأنه قذف مؤتنف، ولأن الأول قد مَضَى لسبيله[6].

وذكر أبو عمر: أنه لا يُحَدُّ له ثانيًا، بل يزجر عن ذلك فقط؛ لأنه قد تَبَيَّنَ كذبه بالحد، ولم يبق بذلك معرة[7].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٨٧/١٢، ومنح الجليل: ٢١٢/٩.
(٢) انظر: شرح خليل، للخرشي: ١١٦/٢٣، والشامل، لبهرام: ١٧١/٢.
(٣) انظر: التفريع: ٣٢٠/٦، والنوادر والزيادات: ٢٦٠/١٤، وكفاية الطالب الرباني: ١٢١/٣.
(٤) انظر: المدونة: ٢٥٦/٦، والنوادر والزيادات: ٢٥٢/١٤.
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٢٣٧/١٤، والتلقين: ٥٠٢/٢، والتمهيد: ٩٧/٣.
(٦) انظر: التفريع: ٣٢٠/٦، والنوادر والزيادات: ٢٦٠/١٤، وكفاية الطالب الرباني: ١٢١/٣.
(٧) انظر: التفريع: ٣٢٢/٦، والنوادر والزيادات: ٢٦١/١٤، وكفاية الطالب الرباني: ١٢٢/٣.

(ص): (ولو حُدَّ بعضه، ثم قَذَفَهُ أو غيره، فقال ابن القاسم: يُستأنف حينئذ، إلا أن يَبْقَى يسيرًا، فَيُكَمَّلُ ثم يُستأنف، وقال أشهب: مثله، إلا أن يَمضي يسيرًا، فيُتَمَادَى ويُجْزِئُ لهما)

(ش): ما نسبه لابن القاسم هو له في "المُوَّازِيَّة"، وبه قال ربيعة، وفسر محمد اليسير بمثل العشرة، والخمسة عشر.

وقوله: وقال أشهب: الباجي: هو عنده على ثلاثة أقسام: إن ذهب اليسير تَمَادَى، وأجزأ الحد لهما؛ وإن مضى نصفه أو نحوه، استأنف لهما، فكان ما بقي من الحد الأول لهما، ثم يُتِمُّ للمقذوف الثاني بقية حَدِّهِ، وإن لم يبق من الحد الأول إلا اليسير أَتَمَّ الأول، واستأنف الثاني، وإليه ذهب ابن الماجشون[١].

(ص): (وحد القذف من حقوق الآدميين على الأصح، ولذلك يُورَثُ ويَسْقُطُ بِالعَفْو)

(ش): الأصح، ومقابله: روايتان[٢].

القاضي أبو محمد: والصحيح أنه من حقوق الآدميين، بدليل أنه يورث عن المقذوف، وحقوق الله تعالى لا تُورَثُ، ولأنه لا يستحق إلا بمطالبة الآدمي[٣].

ولم يرتض صاحب " المقدمات " هذه الطريقة، بل قال: لا خلاف أن القذف حق للمقذوف، وإنما اختلف هل يتعلق به حق الله تعالى، فلا يجوز العفو عنه، بلغ الإمام أم لا؟ وهو مذهب أبي حنيفة، وعليه تدل رواية أشهب، ويأتي على قياس هذا إن حد القذف يقيمه الإمام إذا انتهى إليه، رفعه صاحبه أم لا، أولا يتعلق به حق الله تعالى، ولصاحبه العفو عنه، ولو بلغ الإمام وهو أحد قولي مالك في "المدونة"، أو هو حق لصاحبه ما لم يبلغ الإمام، فيصير حَقًّا لله تعالى، ولا يكون لصاحبه العفو عنه إلا أن يريد سترًا، وهو أحد قولي مالك[٤].

فصل: في العفو

(ص): (وعليهما لزوم العفو قبل بلوغ الإمام، وتحليفه عليه)

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٢٥٣/٢٤، والذخيرة: ٤٩/٢٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٢٥٣/٢٤، ومواهب الجليل: ٣٩٦/٨.

(٣) انظر: المدونة: ٢٠٩/٦، والأصول: ص ٣٢٢.

(٤) انظر: المدونة: ٢٠٩/٦، والتفريع: ٢٢٢/٢.

(ش): فعلى الأصح يسقط بالعفو، لا على مقابله، وقد تقدم هذا من كلامه في "المُقَدِّمات"[١].

واعترض (ع) هنا عليه ليس بظاهر، ويجري أيضًا على القولين لو ادعى القاذف على المقذوف أنه عَفَا عنه، فعلى الأصح تتوجه عليه اليمين على المشهور في توجيه دعوى المعروف، كدعوى القاتل على الولي العفو، وعلى أنه حق لله تعالى لا يحلف؛ لأنه ليس له إسقاطه[٢].

وقول (ع): أما عدم توجه الدعوى على أنه حق لله تعالى فصحيح، وأما على توجيهها بتقدير كونه حَقًّا لآدمي، ففيه نظر، وإنما يتم أن لو كان حَقًّا مَالِيًّا، وأما البدني فلا، ليس بظاهر[٣].

(ص): **(وأما بَعْدَهُ فأجازه مرة، ثم رجع عنه، وقيل: يجوز إن أراد سِتْرًا على نفسه)**

(ش)، أي: بعد بلوغ الإمام، فأجاز مالك عفوه مرة، وكلامه ظاهر التصور[٤].

والقول الثالث في كلام المصنف إنما ذكره في "المدونة" تقييدًا للثاني، ففيهما: وكان مالك يجيز العفو بعد أن يبلغ الغمام، ثم رجع فلم يجزه عند الإمام، إلا أن يريد سترًا، لكن نقل أبو عمران ثلاث روايات على نحو كلام المصنف[٥].

وقيد ابن المواز إرادة الستر، فقال: وهذا إذا قذفه في نفسه، وأما إن قذف أبويه، أو أحدهما، وقد مات المقذوف، فلا يجوز العفو عنه بلوغ الإمام، وقاله ابن القاسم وأشهب[٦].

محمد: ويجوز عفو الولد عن الأب عند الإمام، قاله مالك، وأصحابه رضي الله عنهم أجمعين، إذا قذفه في نفسه[٧].

وأما إن قذف أباه وقد مات، أو قذف أمه وقد ماتت، فلا عفو فيه بعد بلوغ الإمام،

---

(١) انظر: البيان: ٣٢٥/٢٦، والنوادر والزيادات: ٢٦٦/٢٤، والعتبية: ٤٥٥/٥.

(٢) انظر: الجواهر: ٢٢٤٩/٣، وكفاية الطالب الرباني: ٢٢٢/٣.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٢٣٤/٢٦، والذخيرة: ٩٧/٢٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٢٦٥/٤، والتاج والإكليل: ٣٩٤/٨.

(٥) انظر: الجواهر: ٢٢٤٨/٣، والذخيرة: ٩٨/٢٢.

(٦) انظر: البيان: ٣٢٦/٢٦، والنوادر والزيادات: ٢٧٦/٢٤، والعتبية: ٤٥٥/٥.

(٧) انظر: الذخيرة: ٣٠/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٠٦/٣، ومنح الجليل: ٢٢٧/٦.

قال: ويجوز عفوه عن جده لأبيه بعد بلوغ الإمام كأبيه، وأما عن جده لأمه فلا[١].

(ع): قال في "المدونة": وتُعرف إرادة الستر بأن يسأل الإمام خُفية عن حال المقذوف، فإن بلغه عنه أن الذي قيل فيه الآن أمر قد سمع، وأنه يخشى أن يثبت عليه؛ أجاز عفوه، وهذا معنى كلامه رحمه الله تعالى. وقاله أصبغ[٢].

وقيل: هو أن يكون ضرب الحد قديمًا، فيخاف أن يظهر عليه الآن.

وفسره ابن الماجشون بأن يكون مثله يفعل ذلك، فيجوز عفوه، ولا يكلف أن يقول: أردت سترًا[٣].

وأما العفيف الفاضل، فلا يجوز عفوه[٤].

فصل: في دعوى القذف

(ص): (وإذا ادعى أنه قذفه بغير بَيِّنَةٍ، لم يحلف إلا بشاهد، فإن لم يحلف، حُبِسَ أبدًا اتفاقًا حتى يقر أو يحلف)

(ش): قوله: (لم يحلف) هو الأصل[٥].

وحكى في "البيان " ثلاثة أقوال: الأول: أنه يحلف. الثاني: أنه ليس له تحليفه، وهما لمالك في "العُتْبِيَّة". الثالث لابن القاسم في سماع أصبغ: لا يمين عليه، إلا أن يكون مشهور بذلك[٦].

فإن حلف على رواية أشهب، أو على قول ابن القاسم إذا كان مشهورا بذلك بَرِئَ، وإن نكل سُجِنَ حتى يحلف ما لم يطل، فإن طال خُلِّيَ سبيله، ولم يؤدب. وقال أصبغ: يؤدب إذا كان معروفًا بالأذى، وإن كان مبرزًا فيه خلد في السجن[٧].

وإن قام له شاهد، فثلاثة أقوال[٨]:

الأول: أنه يحلف، فإن نكل حُبس ما لم يطل، فإن طال فعلى ما تقدم هل لا

---

(١) انظر: المدونة: ٢٠٩/٦، والتفريع: ٢٢٢/٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٣٨٩/٨، والتاج والإكليل: ٢٢٥/٦.

(٣) انظر: الذخيرة: ٣٠/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٠٦/٣، ومنح الجليل: ٢٢٧/٦.

(٤) انظر: الجواهر: ٢٢٤٩/٣، وكفاية الطالب الرباني: ٢٢٢/٣.

(٥) انظر: التاج والإكليل: ٣٩٤/٨، ومنح الجليل: ٢٥٥/٩، وعيون المجالس: ٢٢٢٣/٥.

(٦) انظر: المدونة: ٢٠٢/٦، والتهذيب: ٤٧٠/٤، وما بعدها.

(٧) انظر: مواهب الجليل: ٤٩٠/٨، ومنح الجليل: ٢٤٧/٩.

(٨) انظر: تبصرة الحكام: ٣٠٠/٢، والمنتقى، شرح الموطأ: ٢٥٤/٩.

يؤدب، أو يؤدب إذا كان مشهورًا بذلك[١]؟

والثاني: إذا كان معروفًا بالشتم والسفه، عُزِّر ولم يُحَلَّف، وإن لم يكن معروفًا بذلك استُحْلِفَ. والقولان لمالك في سماع أشهب[٢].

والثالث: أنه يحلف مع شاهده ويُحَدُّ له، رُوِيَ ذلك عن مطرف، وهو شذوذ في المذهب أنه يُحد في الفرية باليمين مع الشاهد.

ويتخرج في المسألة قول رابع: أنه لا يحلف مع شاهده في الفرية، ويحلف معه فيما دون الفرية من الشتم الذي يجب فيه الأدب. انتهى بالمعنى.

وبهذا تعلم أن قول المصنف: فإن نكل، حُبس أبدًا اتفاقًا: ليس بظاهر، ولذلك اعترض عليه (ع)؛ لأن ابن المواز، عن ابن القاسم: أنه إن طال حبسه، خُلِّيَ[٣].

باب السَّرِقَة

فصل: في تعريف السَّرِقَة، وحكمها، وأركانها

(ص): **(السَّرِقَة)**

(ش): الجوهري: سَرَقَ منه مالاً يسرق سَرَقًا بالتحريك، والاسم: السَّرِقُ، والسَّرِقَةُ بكسر الراء فيهما، وربما قالوا: سَرَقَهُ مالا، وحدها اصطلاحًا: أَخْذُ المال خُفية من غير أن يؤتمن عليه[٤].

ولا خفاء في تحريمها كتابًا، وسنة، وإجماعًا.

فصل: في أركان السَّرِقَة

(ص): **(المَسْرُوقُ مَالٌ وغيرُهُ، فشرط المال أن يكون نصابًا بعد خروجه، مملوكًا لغير السارق، مِلْكًا محترمًا، تامًّا لا شبهة له فيه، مُحْرَزًا، مُخْرَجًا منه إلى ما ليس منه بحرز له، استسرارًا)**

(ش)، يعني: للسرقة أركان[٥]:

---

(١) انظر: الجواهر: ٤/١٢٤٦، وحاشية الدسوقي: ٦/٤٠٢.

(٢) انظر: المدونة: ٢/٢٦٦، والتهذيب: ٢/٢٥٢، والنوادر: ٢٤/٢٧٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير: ٦/٤٠٢، وحاشية الدسوقي: ٦/٤٠٢.

(٤) انظر: لسان العرب: ١٠/١٥٥.

(٥) انظر: التاج والإكليل: ١٢/١٧١، والذخيرة: ١٢/١٤٠.

أولها: المسروق، وهو ينقسم إلى مال وغيره، فللمال شروط تسعة[١]:

أولها: النِّصاب، واحترز مما دونه. والثاني: أن يكون نصابًا بعد خروجه، ولا يعتبر ذلك وهو في حرزه، إذ قد يتلف منه شيء قبل خروجه. الثالث: أن يكون مملوكًا لغير السارق، احترز به من سرقة ما ورثه، أو ما هو له، وهو رهن، أو مستأجر. الرابع: أن يكون محترمًا، واحترز به من سرقة ما لا حُرمة له، كالخمر، والخنزير. الخامس: أن يكون ملكا تامًّا، احترز به من سرقة ما له فيه شرك. السادس: أن لا يكون له في المسروق شبهة، واحترز به من سرقة الأب من مال ابنه، ومن سرقته من غريمه المماطل جنس حقه.

السابع: أن يكون محرزًا، احترز به من غيره، فلا قطع فيه، كالمخلى في السوق على غير وجه العادة. الثامن: أن يخرجه من حرزه إلى ما ليس بحرزه، وهو ظاهر. التاسع: أن تكون استسرارًا، واحترز به من الأخذ اختلاسًا، أو مكابرة، أو غصبًا، ثم أخذ المصنف رحمه الله يتكلم عليها أولا فأولا، فقال:

فصل: في النصاب

(ص): (**والنِّصاب رُبع دينار، أو ثلاثة دراهم، أو ما يُسَاوِي ثلاثة دراهم، وقيل: أو ما يُسَاوِي أحدهما إذا كانا غالبين، وقيل: أو ما يساوي ما يُبَاعُ به غالبًا منهما**)

(ش)، يعني: إن سرق ربع دينار قطع، ولا التفات إلى قيمته، وكذلك إن سرق ثلاثة دراهم خالصة، ولا التفات إلى كونها تساوي ربع دينار[٢].

وأما إن سرق غيرهما، فالمشهور أنه يُقَوَّمُ بالدراهم؛ لأنها أعم؛ إذ قد يُقَوَّمُ بها القليل والكثير، وهكذا صرح الباجي، وعياض بمشهورية هذا القول[٣].

فإن ساوى المسروق ثلاثة دراهم قطع، وإن لم يساو ربع دينار، وإن ساوى ربع دينار، ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع، وسواء كانت المعاملة في البلد بالدراهم، أو بالدنانير، أو بالعُرُوض، هكذا قال معظم شيوخ المذهب، وهو نص ما في "المُوَّازِيَّة".

قال في "المُقَدِّمَات": وما حكاه عبد الحق عن بعض شيوخ صِقِلِّية أن من سرق عرضًا في بلد لا يتعامل الناس فيه إلا بالعروض أنه يُقَوَّمُ في أقرب البلدان إليه التي

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٣٠٥/٦، والذخيرة: ١٤١/١٢.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢، والثمر الداني: ٦٠٣/١.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٥/٤.

يتعامل الناس فيها بالدراهم، فخطأ صراح، إذ قد تكون السلعة في البلد المسروق فيه كاسدة، وفي البلد الذي فيه الدراهم نافقة[١].

وقوله: (وقيل: أو ما يُسَاوِي أحدهما... إلى آخره)، الظاهر: أن القول الثاني والثالث من كلام المصنف قول واحد، إذ لا منافاة بينهما؛ لأنه تكلم في الأول منهما على ما إذا كانا غالبين معًا، وتكلم في الثاني على ما إذا كان أحدهما غالبًا، وهو الذي يؤخذ من كلام عياض رحمه الله تعالى وغيره؛ لأنه قال[٢]: وذهب غير واحد من البغداديين والمغاربة إلى أن التقويم إنما هو بمعاملة البلد من دنانير، أو دراهم، وأن معنى قوله في الكتاب (يقوم بالدراهم): أنها معاملتهم، وإن كانت المعاملة بهما جميعًا فالتقويم بأكثرهما معاملة به، كسائر التقويم في المقومات[٣].

وقال ابن عبد الحكم: نصاب السَّرِقَة ربع دينار من الذهب، أو قيمته فيما عداه، وأن التقويم بالذهب على كل حال في كل شيء من الفضة، والعروض، وأن الثلاثة دراهم إذا كانت أقل من صرف ربع دينار، لارتفاع الصرف لا قطع فيها.

واعلم أنه اختلف العلماء في القطع، هل له نصاب أم لا؟ فذهب جماعة إلى عدم اعتباره، وأن السارق يقطع في القليل والكثير، لما في الصحيح عنه عليه الصلاة والسلام، قال: "لعن الله السارق يسرق البيضة، فتقطع يده، ويسرق الحبل فتقطع يده"[٤].

لكن تأوله الجمهور، كما قال البخاري: قال الأعمش: كانوا يَرَوْنَ أنه بيض الحديد، والحبل كانوا يرون أنه يساوي ثلاثة دراهم[٥].

واختلف القائلون بالنصاب، فقال البتي وغيره: درهم، وقيل: درهما، وقيل: ثلاثة دراهم. وقال أبو هريرة، وأبو سعيد رضي الله عنهما: أربعة[٦].

وقال العراقيون: لا قطع في أقل من عشرة دراهم. وقيل: لا قطع في أقل من دينار. ومذهبنا: أنه لا يقطع إلا في ثلاثة دراهم، أو ربع دينار، لما في الصحيحين أن

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٣/٣٤٠، وحاشية الدسوقي: ١٤/٢١٠.

(٢) انظر التاج والإكليل: ١٢/١٧٧، والثمر الداني: ١/٦٠٤.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٧/١٦١، وشرح خليل: ٢٣/٢٥٣.

(٤) متفق عليه: أخرجه البخاري، رقم (٦٧٨٣) ومسلم، رقم (١٦٨٩).

(٥) انظر: الاستذكار: ٧/٥٣٦، والذخيرة: ١٢/١٤٣.

(٦) انظر: الفواكهة الدواني: ١/٤٧٠، وشرح خليل: ٢٣/٢٥٦.

رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ، قال: "لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدًا".

وفي "الموطأ " وغيره أنه عليه الصلاة والسلام: "قطع سارقًا في مِجَن[1] قيمته ثلاثة دراهم"[2]، فجمع أهل المذهب بينهما.

ابن المواز: وما أعتبر فيه النصاب من ذهب أو ورق، فإنما ينظر إلى وزنه، كان دنيئًا أو جيدًا، نُقْرَةً، أو تِبْرًا[3].

ابن القاسم في "العُتْبِيَّة": وإن لم يجز بجواز العين[4].

محمد: ولا ينظر إلى قيمته. الباجي: يريد إلى ما يزيد بصياغته، يعني: كالزكاة، وأما إن كانت الدراهم تجوز عددًا، فإن نقص كل درهم منها خروبة، أو ثلاث حبات، وهي تجوز، فلا قطع فيها حتى تكون قائمة الوزن[5].

أصبغ: فأما مثل حبتين من كل درهم، فيقطع. واختار اللخمي خلافه.

ابن رشد: وإن نقصت يسيرًا، وجازت بجواز الوازنة، قطع بلا إشكال، وإن نقصت كثيرًا يتفق عليه الوازنة، ولا تجوز كالوازنة، لم يقطع بلا إشكال، وإن نقصت كثيرًا وجازت كالوازنة، فالصواب أن يدرأ الحد للشبهة، قياسًا على اعتبار النقصان في نصاب الزكاة[6].

أشهب: وإن كانت الدراهم مقطوعة، لم يقطع في ثلاثة دراهم منها. محمد: إذا لم يكن معهما نقصها.

فصل: في القطع في كل متمول

(ص): (ولا فَرْقَ بين الحطب والماء والفاكهة وغيرها، مما يجوز أخذ العِوَضِ عنه)

(ش): نبه بذلك على خلاف أبي حنيفة في أنه لا قطع فيما أصله مباح، كالحطب والماء، ولا في الأشياء الرطبة المأكولة كالفاكهة، فنبه بقوله: (ولا فرق) على قياس

---

(١) المِجَنّ، والمَجَانّ: وهو التُّرس، والتِّرَسَة. والميم زائدة لأنه من الجُنَّة: السُّتْرة. انظر: النهاية في غريب الحديث والآثر: ١٥٠/٧.

(٢) انظر: الموطأ برواية أبي مصعب الزهري، رقم (١٧٨٨).

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٢٥٤/٢، وشرح منتهى الإرادات: ٣ / ٣٦٤.

(٤) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢.

(٥) انظر: الثمر الداني: ٦٠٣/١، والذخيرة: ١٤٣/١٢.

(٦) انظر: الشرح الكبير: ٣٣٥/٤، والقوانين الفقهية: ٢٣٦/١.

هذين النوعين على غيرهما بجامع التمول[1].

فصل: في المعتبر في المقوم

(ص): **(والمعتبر قيمته باعتبار المنفعة المقصودة شرعًا، فَيُقَوَّمُ حَمَامُ السَّبْقِ، وطائر الإجابة بانتفائه)**

(ش)، يعني: أن المسروق إنما يُقَوَّمُ باعتبار المنفعة الشرعية[2]، فيُقَوَّم العود والطنبور باعتبار خشبه وما فيه، لا باعتبار صنعته، ويُقَوَّم السُّمَّان، والدُّرَّة، وأبو زُرَيق، والغُرَاب الذي يتكلم باعتبار لحمه، ويُقَوَّمُ حمام السبق، وطائر الإجابة، أي: يُجيب إذا دُعي، كما في بعض البلابل، والعصافير بانتفائه، أي: على أنه ليس فيه ذلك؛ لأنه ليس فيه غرض شرعي، وفي بعض النسخ بانتفاعه، وهي على حذف الصفة، أي: بانتفاعه الشرعي، وقيد التونسي، واللخمي حَمَام السبق بأنه يكون للعب، أما لو كان يأتي بالأخبار، فَيُقَوَّم على ما عُلِمَ منه من الموضع الذي تبلغه[3].

(ص): **(وفي سِبَاع الطير المُعَلَّمَة قولان)**

(ش)، أي: وفي تقويم. قال ابن القاسم: تقوم باعتبار ما فيها من التعليم، كما أنه يضمن القيمة لمالكها باعتبار التعليم، وإن كان المتلف محرمًا.

وقال أشهب: يقوم كله بغير ما فيه، كان بازيًا أو غيره، قال: وهو نحو قول مالك في قتل المُحْرِمِ إياه.

واختار التونسي وغيره الأول؛ لأن الصيد مباح إلا أن يكون لقوم يريدون به اللعب.

فصل: في المعتبر للقطع إخراج النصاب

(ص): **(ولو سَرَقَ دنانير ظنها فُلُوسًا، أو ثوبًا دون النصاب فيه دراهم، أو دنانير لا يشعر بها، قُطِعَ، بخلاف خشبة، أو حجر فيهما ذلك)**

(ش): بين بهذا أن المعتبر إخراج النصاب إذا كان معتادًا، ومسألة الفلوس ذكرها ابن شاس، وبقية كلام المصنف في "المدونة".

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٣/٣٤٠، وحاشية الدسوقي: ٤/٢١٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/١٨٨، والذخيرة: ١٢/١٩٨، والشرح الكبير: ٤/٣٣٤.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: ١٨/٤٤٢، وشرح خليل، للخرشي: ٢٣/٢٦٥.

وقيد اللخمي الثوب، فقال: إنما هذا في المصرور وشبهه(١).

وأما لو كان قيمصًا خلقًا، وقال: لم أعلم بما فيه، لكانت شبهة يحلف ويدرأ نفسه القطع، أخذه ليلا أو نهارًا.

ونص في "العتبية" على أن الفراش، والمخدة، والمرفقة، إذا كان فيهن ذهب يقطع، وحكى في "البيان": الاتفاق على ذلك.

اللخمي: وأما العصا، فإنما يصدق إذا أخذها ليلا، ولا يصدق إذا كان نهارًا؛ لأنه لا يخفى إلا أن يكون أخرجها من مكان مظلم، ولو كان الذهب قد نقر له في خشبة لصدق، أخرجها ليلا، أو نهارًا.

ولأصبغ: فيمن سرق ليلا عَصَا مما لا يُفْضَض، وفيها فضة ظاهرة ثلاثة دراهم فأكثر، فإن رُئِيَ أنه لم ينظر الفضة، فلا قطع عليه إلا أن يكون ثمنها ثلاثة دراهم من غير فضة(٢).

وأقام صاحب " البيان" من قوله في "المدونة" مثل قول ابن كنانة فيمن حلف ألا يأخذ من فلان درهمًا، فأخذ منه قميصًا فيه دراهم مصرورة وهو لا يعلم به، ثم عَلِمَ ورَدَّهُ: أنه إن كان مما يُسترفع في مثله الدراهم، فهو حانث، وإلا فلا(٣).

قال: وفي نوازل أصبغ: لا شيء عليه. ولابن القاسم في "المبسوطة": أنه حانث على أصله في نذور "المدونة" فيمن حلف ما له مال، وله مال وَرِثَهُ لم يعلم به أنه حانث، إلا أن ينوى بعلمه، ورده (ع) وغيره: بأن الحنث يقع بأدنى سبب، والحد يدرأ بالشبهة(٤).

(ص): (ولو تَكَمَّلَ بِمِرَارٍ في بيت في ليلة لم يُقطع، وقال سحنون: إلا في فَوْرٍ واحدٍ)

(ش)، أي: النصاب، والأول مذهب ابن القاسم في "العتبية" وغيرها، قال: في السارق يدخل البيت عشر مرات، وكل ذلك يخرج بقيمة درهم، أو درهمين، لا قطع عليه. وقال سحنون: إذا سرق الطعام في فَوْرٍ واحدٍ، فيُقطع، وهذا من وجه الحيلة

---

(١) انظر: منح الجليل: ٢٩/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٤/٨.

(٢) انظر: منح الجليل: ٢٩/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٤/٨.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٧١/١٢، والذخيرة: ١٤٠/١٢.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٣٠٥/٦، والذخيرة: ١٤١/١٢.

والتسبب إلى أخذ أموال الناس[١].

ونقل اللخمي عن مالك مثل قول سحنون، ونَصَّ على أنه خلاف قول ابن القاسم، ولم يجعل في "البيان " قول سحنون خلافًا، وحمله على الطعام، أو المتاع الذي لا يمكن إخراجه دفعة، قال: لأن ذلك سرقة واحدة، وحمل قول ابن القاسم على أنه إنما عاد عشر مرات؛ لينظر ما يسرقه سوى ما سرق[٢].

(ص): (ولو اشترك اثنان في حَمْلِ نِصَابٍ، فثالثها إن كان لا يستقل به أحدها قُطِعَا، ولو كان نصابين قُطِعَا)

(ش)، أي: اثنان فأكثر في إخراج نصاب من حرزه[٣].

ولا خلاف في قطع الجميع إذا ناب كل واحد نصابًا، والقول بقطع الجميع سواء كانت السَّرِقَة مما يمكن أحدهم الانفراد بها أم لا؟ حكاه ابن القصار، وابن الجلاب[٤].

والقول الثاني: لا أعلم قائله.

نعم أشار التونسي، واللخمي إلى أنه القياس؛ لأن القطع فرع عما يغرم[٥].

والثالث: مذهب "المدونة"، وهو المشهور.

اللخمي: ولو كان المسروق لا يستطيع أن يخرج به أحدهم، ويستطيع أن يخرج به اثنان، فأخرجه أربعة، جرت على الخلاف في الخفيفة، فإن حملوها على أحدهم، وهي ثقيلة لا يستطيع أن يحملها إلا بأن يحملها جميعهم عليه، قطع الخارج والحاملون عليه عند ابن القاسم، وقال أبو مصعب: لا يقطع إلا الخارج، ووافق على قطع جميعهم إذا حملوها على دابة، وفي معناها: المجنون، والصبي[٦].

اللخمي: وقد اختُلف في هذا الأصل إذا قربوا المتاع إلى النقب، فأدخل الخارج يده فأخذه، أو ربطوه له، فَجَرَّه الآخر وأخرجه، فقيل: يقطعون؛ لأنهم السبب لخروجه، وقيل: لا يقطعون؛ لأن معونتهم في داخل الحرز وهو أشبه[٧].

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٥/٤.

(٢) انظر التاج والإكليل: ١٧٧/١٢، والثمر الداني: ٦٠٤/١.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ١٦١/٧، وشرح خليل: ٢٥٣/٢٣.

(٤) انظر: الاستذكار: ٥٣٦/٧، والذخيرة: ١٤٣/١٢.

(٥) انظر: الثمر الداني: ٦٠٣/١، والذخيرة: ١٤٣/١٢.

(٦) انظر: الشرح الكبير: ٣٣٥/٤، والقوانين الفقهية: ٢٣٦/١.

(٧) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/٤.

تنبيه

الخلاف الذي ذكره المصنف إنما هو إذا كانا أجنبيين، أما لو كان أحدهما أَبًا لرب المسروق، فلا قطع؛ لأن الأجنبي دخل بإذن من له في المال شبهة[1].

(ص): (**ولو اشترك في نصاب مع صبي، أو مجنون؛ قُطِعَ**)

(ش)، أي: لو اشترك المكلف قُطِعَ؛ لأن درء الحد لم يكن لشبهة في المال، فليس كالأب، وإنما كان لعدم التكليف[2].

اللخمي: ويختلف أن لو سرق مع الأجداد، أو الزوجة، أو الضيف، فمن أسقط الحد عن هؤلاء أسقطه عن الأجنبي، ومن لم يسقطه عنهم، لم يسقطه عن الأجنبي[3].

محمد: وإن سرق مع عبد من موضع أذن له السيد في دخوله، لم يقطع الأجنبي، وإن كان من موضع لم يؤذن له فيه، قُطِعَ الأجنبي[4].

اللخمي: يريد؛ لأن درء الحد عن العبد، لم يكن لشبهة له في المال، وإنما درئ؛ لأن القطع ذب عن الأموال، فإذا قطع عبده كانت زيادة عليه في مصيبته[5].

فصل: في ملكية المسروق

(ص): (**ولو سرق مِلكه من المرتهن، أو المستأجِر، أو ما مَلَكَه بإرث قبل فصله من الحِرْز، فلا قَطْعَ**)

(**ش**): هذا راجع إلى القيد الثاني، وهو قوله: (مملوكا لغير السارق) فلا قطع في ملكه، سواء تعلق به حق الغير، كالمرتهن والمستأجر، أم لا، كالموروث قبل إخراجه من الحرز بأن مات رب المتاع، وكان السارق وارثه، أما لو ورثه بعد خروجه، أو وُهِبَ له فإنه يُقطع له[6].

ولو دخل رجل على السارق فباعه ثوبًا، فخرج به المشتري ولم يعلم أنه سارق،

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢، والثمر الداني: ٦٠٣/١.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٥/٤.

(٣) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/١٤.

(٤) انظر التاج والإكليل: ١٧٧/١٢، والثمر الداني: ٦٠٤/١.

(٥) انظر: حاشية العدوي: ١٦١/٧، وشرح خليل: ٢٥٣/٢٣.

(٦) انظر: البحر الرائق: ٦٨/٥، وبدائع الصنائع: ٨١/٧، وشرح منتهى الإرادات ٣ / ٣٧٢، وكشاف القناع ١١٨/٦.

لم يُقطع واحد منهما، قاله اللخمي[1].

محمد: وإن سرق أحدهما دينارًا، فقضاه للآخر قبل أن يخرج، أو أودعه إياه، كان القطع على الخارج، وكذلك لو باعه ثوبًا[2].

(ص): **(فلو كذبه المسروق منه، قُطِعَ بإقراره)**

(ش)، يعني: إذا أقر أنه سرق من فلان شيئًا، وكذبه فلان، فإنه يقطع السارق لإقراره، يريد: ويبقى ذلك الشيء للسارق، إلا أن يدعيه ربه[3].

قال في "المدونة": ومن شهدت عليه البينة أنه سرق هذا المتاع من يد هذا، فقال السارق: حلفوه أنه ليس لي، فإنه يُقطع، ويحلف له الطالب ويأخذه، فإن نكل حلف السارق، وأخذه، ويُقطع.

وفي رواية: فإنه يُقطع إن حلف مدعي المتاع، وفي رواية: ولم يُقطع إذا نكل الطالب، وعلى هذه فلو أقر له الطالب، لم يقطع، خلاف ما ذكره المصنف.

واختلف في هذه المسألة في ثلاثة مواضع:

الأول: إذا صدقه هل يُقطع أم لا؟ على ما ذكرنا.

والثاني: هل يحلف المسروق منه أنه ليس بمتاعه، ففي "المدونة" تحليفه كما ذكرنا، وفي "العُتْبِيَّة": لا يمين عليه، ولم يلزم المسروق منه الحلف أنه ما باع، ولا وهب لما قامت له البينة على أن المتاع مسروق، وإنما يحلف تلك اليمين من شهد له بالملك فقط[4].

الثالث: هل يُقطع إذا وجبت عليه اليمين فنكل، وحلف السارق واستحق المسروق[5].

(ص): **(مالك: ومَنْ أخذ متاعًا في جوف الليل من منزل غيره، وقال: هو أرسلني، وصَدَّقَهُ، فإن أشبه ما قال، وإلا قُطِعَ، قال أصبغ: يريد غير مُسْتَسِرّ في وقت يمكن الإرسال، وقيل: متى صَدَّقَهُ لا يُقطع)**

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٢/٢٥٤، وشرح منتهى الإرادات: ٣ / ٣٦٤.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٥٩٤، والتاج والإكليل: ١٢/١٧٦.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٦٠٣، والذخيرة: ١٢/١٤٣.

(٤) انظر: الشرح الكبير: ٤/٣٣٥، والقوانين الفقهية: ١/٢٣٦.

(٥) انظر: الشرح الكبير: ٤/٣٣٥، والقوانين الفقهية: ١/٢٣٦.

(ش): تفسير أصبغ صحيح، على أنك إذا تأملته تجده منتزعًا من قوله في "المدونة": وأشبه ما قال؛ إذ الشبه مشروط بأن يدخل من مدخل الناس، ويخرج من مخرجهم في وقت يشبه، وزاد في "المدونة" قيدًا آخر؛ وهو أن يعرف ممن وجد معه المتاع انقطاع إلى ربه، ونصها: ولو وُجِدَ في جوف الليل ومعه متاع، فقال: فلان أرسلني إلى منزله، فأخذتُ له هذا المتاع، فإن عُرف منه انقطاع إليه وأشبه ما قال: لم يُقطع، وإلا قُطِعَ، ولم يصدق[١].

فقوله: (وإلا قُطِعَ)، يعني: وإن لم يدخل من مدخل الناس، ولا خرج من مخرجهم، ولا أتى في وقت يشبه، قُطِعَ[٢].

عياض: وقيل: معناه أنه سرقه، وأخذه خُفية، وكذلك قال في "المُوَّازِيَّة"[٣].

أبو عمران: وهو تفسير للمدونة، وقال غيره: إنما لم يقطعه، وإن أخذه على وجه الاستسرار وبالليل؛ لأنه لم تقم بَيِّنَةٌ على ذلك، ولو قامت عليه بينة لم يصدق، وإن كان له إليه انقطاع، كما قال في المسألة التي قبلها، ولم يفصل فيها[٤].

وقوله: (وقيل:... إلى آخره)؛ لأن تصديقه شبهة، ونسبه في "الجواهر " لعيسى.

فصل: في سرقة المال المحترم، وغير المحترم

(ص): (ولا قَطْعَ في خَمْرٍ، ولا خنزير، ولا طنبور، وشبهه؛ إلا أن يكون فيه بعد ذهاب المنفعة الفاسدة منه نصاب)

(ش): هذا راجع إلى قوله: (مِلْكًا محترمًا)؛ لأن هذه لا حرمة لها؛ إذ لا يجوز تملكها، ولا بيعها[٥].

قال في "المدونة": ولا قطع في خمر، ولو سرقه لذمي، إلا أن للذمي قيمته.

وقوله: (وشبهه): كمزمار، وعود، وصليب، وصُوَرٍ محرمة[٦].

واختلف قول ابن القاسم في الدُّفِّ، والكَبَر، فرَوَى أصبغ عنه في "الواضحة": يقوم

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/١٧١، والذخيرة: ١٢/١٤٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٣٠٥، والذخيرة: ١٢/١٤١.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٥٩٤، والتاج والإكليل: ١٢/١٧٦، والثمر الداني: ١/٦٠٣.

(٤) انظر: الذخيرة: ١٢/١٤٣، والشرح الكبير: ٤/٣٣٥.

(٥) انظر: بلغة السالك: ٣/٣٤٠، وحاشية الدسوقي: ١٤/٢١٠.

(٦) انظر التاج والإكليل: ١٢/١٧٧، والثمر الداني: ١/٦٠٤.

مكسورًا، وفي "العُتْبِيَّة": يقوم صحيحًا، وهو أظهر؛ لأنه لا خلاف في جواز الدف في العُرْس، وهو الغربال. نعم اختلف في الكَبَر، فلعل القولين فيه هنا مبنيان على هذا الخلاف[1].

وقوله: (إلا أن يكون فيه بعد ذهاب...) عائد على الطنبور وشبهه، والطنبور بضم الطاء.

الجوهري: وهو فارسي معرب، والطِّنبار لغة.

(ص): (وفي جلد الميتة بعد الدباغ ثالثها المشهور إن كانت قيمة الصنعة نصابًا، قُطِعَ)

(ش)، يعني: وأما قبله، فلا قَطْعَ فيه، قاله في "المدونة" وغيرها، على أنه نص في كتاب الغصب من "المدونة" على إلزام الغاصب قيمته، وفي غير "المدونة": لا شيء عليه[2].

والقول بالقطع مبني على أنه يطهر بالدباغ طهارة مطلقة، والقول بعدمه بناء على أن بيعه لا يجوز، وأن ما لا يجوز بيعه، لا قَطْعَ فيه، والثالث: مذهب "المدونة".

قيل لأبي عمران: كيف يقوم جلد الميتة؟ فقال: يقال: ما قيمته أن لو كان يُباع للانتفاع[3]؟

وما قيمته مدبوغًا؟ فما زاد إن كان مقدار ثلاثة دراهم، قُطِعَ[4].

وهو مخالف لظاهر كلام المصنف قيمة الصنعة، لكن حكى الباجي قولا كما حكاه المصنف من تقويم نفس الصنعة، وهو ظاهر "المدونة"، وعلى ذلك فهمها صاحب " البيان"، لكنه استشكل تقويم الصنعة، قال: لأنها مستهلكة فيه، لا يمكن أن تُفْصَلَ منه، قال: ولو قيل بعدم القطع على القول بجواز بيعه مراعاة للخلاف لما بَعُد.

أبو عمران في تعاليقه: ويُنظر إلى قيمته يوم دُبِغَ، ولا يُنظر إلى ما ذهب منه بمرور الأيام؛ لأن الدباغ هو الذي أجاز للناس الانتفاع به، واختار اللخمي النظر إلى قيمته يوم

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ١٦١/٧، وشرح خليل: ٢٥٣/٢٣.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢، والثمر الداني: ٦٠٣/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٢٥٤/٢، وشرح منتهى الإرادات: ٣ / ٣٦٤.

(٤) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢.

سُرِقَ، وهو أظهر[١].

(ص): **(وفي الكلب المأذون قولان)**

(ش): مذهب "المدونة": أنه لا يُقطع، خلافًا لأشهب؛ بناء على أنه لا قطع إلا فيما يُملك ويُباع، أو فيما يُملك فقط، وأُقيم من قول ابن القاسم عدم القطع في لحم الأضحية، وقول أشهب أُجْرِيَ على قول ابن القاسم في جلد الميتة، إلا أن الصنعة في الجلد يمكن إفرادها على طريق غير أبي عمران بخلاف الكلب[٢].

وفي الزيت النجس قولان كالكلب، أما غير المأذون فلا قَطع فيه اتفاقًا[٣].

(ص): **(وفي الأضحية بعد الذبح قولان)**

(ش): لا خلاف في القطع إن سرقت قبله، وأما إن سرقت بعده، أو سرق لحمها، فقال أشهب في "الموازية": يُقطع. وقال ابن حبيب: لا يُقطع؛ لأنها لا تُباع في فلس، ولا تُورث مالا، ولكن تورث لتؤكل، وهو الجاري على مذهب "المدونة" في الكلب[٤].

(ع): والأول أحسن قياسًا على حجارة المسجد، وانظر إذا سرق الهدي قبل نحره[٥].

(ص): **(بخلاف لحمها ممن تُصُدِّقَ عليه)**

(ش): أي فيقطع، ابن شاس: قولا واحدًا، ويتخرج فيها قول بعدم القطع على أحد القولين في سرقة ما يملك ولا يجوز بيعه كالكلب، فإن المشهور عدم جواز البيع للمتصدق عليه[٦].

(ص): **(ومن سرق سبعًا يُذْكَى لجلده، قُطِعَ، وفي اعتبار النصاب بعد الذبح أو قبله قولان لابن القاسم، وأشهب)**

(ش): لأن مالكًا يجيز ذكاة السباع لأخذ جلودها، فلذلك قطع سارقها[٧].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٤٤٢/١٨، وشرح خليل، للخرشي: ٢٦٥/٢٣.

(٢) انظر: منح الجليل: ٢٩/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٤/٨.

(٣) انظر: منح الجليل: ٢٩/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٤/٨.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ١٧١/١٢، والذخيرة: ١٤٠/١٢.

(٥) انظر: التاج والإكليل: ٣٠٥/٦، والذخيرة: ١٤١/١٢.

(٦) انظر: الذخيرة: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٥/٤.

(٧) انظر التاج والإكليل: ١٧٧/١٢، والثمر الداني: ٦٠٤/١.

وقال ابن حبيب: بيع جلد السباع العادية والصلاة عليها حرام[١].

اللخمي: وعلى هذا لا يُقطع سارقها[٢].

وعلى الأول فاختلف، هل تعتبر قيمة الجلد بعده، أو قبله؟ فقال ابن القاسم: تعتبر قيمته بعده، قال في "المدونة": وأما سباع الوحش التي لا يؤكل لحومها إذا سرقها رجل، فإن كان في قيمة جلودها إذا ذكيت دون أن تدبغ ثلاثة دراهم، قُطِعَ؛ لأن لصاحبها بيع جلود ما ذكي منها، والصلاة عليها وإن لم يدبغ.

وقيده أبو عمران بالسباع العادية، فهي التي يُنظر إلى جلودها، وأما السباع التي لا تعدو كالهر، فيُقطع سارقها[٣].

وقال أشهب: تعتبر قيمة الجلد قبل الذبح، هذا ظاهر لفظه، وعلى هذا الظاهر مشأه (ع) رحمه الله تعالى، لكن النص عن أشهب في "النوادر " وغيرها إنما هو اعتبار قيمة السبع حيًا[٤].

فصل: في سرقة المملوك ملكًا تامًا

(ص): **(ولو سرق مال شركة لم يُحجب عنه، فلا قَطْعَ، ولو حُجبت عنه، قُطِعَ إن كان الزائد نصابًا)**

(ش): هذا راجع إلى قوله: (تامًا)، وتصور كلامه ظاهر، وفسر في "المدونة" الحجب بأن يودعاه لرجل، قال في "الموازية": أو يكون على يد أحدهما[٥].

اللخمي، وغيره على وجه الاحتراز من الآخر، وإن لم يكن كذلك، فهو كغير المحجوب[٦].

وقوله: (ولو حُجبت عنه قُطِعَ)، إن كان الزائد نصابًا: ظاهره إذا زاد فوق حقه من جملة المال ثلاثة دراهم، وهو ظاهر "المدونة"، والمنصوص لمالك، وقال ابن، الماجشون، وأشهب، وأصبغ: إذا سرق من جملة المال ستة دراهم، قُطِعَ[٧].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٤٤٢/١٨، وشرح خليل، للخرشي: ٢٦٥/٢٣.

(٢) انظر: منح الجليل: ٢٩/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٤/٨.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٧١/١٢، والذخيرة: ١٤٠/١٢.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٣٠٥/٦، والذخيرة: ١٤١/١٢.

(٥) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢، والثمر الداني: ٦٠٣/١.

(٦) انظر: الذخيرة: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٥/٤.

(٧) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/١٤.

اللخمي: وهو أَبْيَنُ؛ لأنه إذا أخذ ستة من اثني عشر إنما يأخذها على أن نصيبه باق في الستة الباقية، ولم يأخذها على وجه المقاسمة، قال: وهذا إذا كان المسروق مما يُكال، أو يُوزن، فإن كان من ذوات القِيَم، نُظِرَ إلى قدر نصيبه منه خاصة؛ لأنه ليس له قسمته اتفاقًا[١].

(ص): **(بخلاف بيت المال والغنائم المحوزة، فإنه كالأجنبي على المشهور)**

(ش): وقع في بعض النسخ عوض **المحوزة** المحجورة، وهما بمعنى واحد[٢].

واحترز بذلك من الغنائم قبل الحوز، فإنه لا قطع فيها بالاتفاق، ومقابل المشهور خاص بالغنائم، وإن كان ظاهر كلامه أن الخلاف فيهما معًا؛ لأنهم لم يذكروا في القطع في حق من سرق من بيت المال خلافًا، ثم الشاذ وهو قول عبد الملك مقيد بأن لا يسرق فوق نصيبه ربع دينار، وأما إن سرق ذلك، فيُقطع بالاتفاق، لكن حكى الحفيد الخلاف في بيت المال، والغنائم[٣].

وقيد ابن يونس الخلاف بالجيش العظيم، وأما السَّرية فيتفق على قول عبد الملك.

(ص): **(ولا يُقطع الأبوان بخلاف الابن، وفي الجد قولان)**

(ش): هذا راجع إلى قوله: (لا شبهة له فيه)، وجعله ابن شاس راجعًا إلى قيد التمام؛ لأن الأبوين لهما الشبهة في مال الابن، بخلاف الابن، ولذلك لو وَطِئَ جارية أبيه، حُدَّ[٤].

ونقل ابن خويز منداد، عن أشهب، وابن وهب: عدم القطع إذا سرق من مال أبيه، وفي سماع ابن القاسم: أن العبد إذا سرق من مال ابن سيده يُقطع[٥].

واعترضه القاضي إسماعيل للحديث: "أنت ومالك لأبيك". قال: وأخاف أن تكون المسألة من مال أبي سيده، وصحح أبو إسحاق المسألة ولم يعترضها[٦].

وقال يحيى بن يحيى: إن كان في حضانة أبيه لم يُقطع، وإن بان عنه قُطِعَ.

---

(١) انظر التاج والإكليل: ١٢/١٧٧، والثمر الداني: ١/٦٠٤.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٧/١٦١، وشرح خليل: ٢٣/٢٥٣.

(٣) انظر: البحر الرائق: ٥/٦٨، وبدائع الصنائع: ٧/٨١، وشرح منتهى الإرادات ٣ / ٣٧٢، وكشاف القناع ٦/١١٨.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٢/٢٥٤، وشرح منتهى الإرادات: ٣ / ٣٦٤.

(٥) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٥٩٤، والتاج والإكليل: ١٢/١٧٦.

(٦) انظر: الثمر الداني: ١/٦٠٣، والذخيرة: ١٢/١٤٣.

واختلف في الأجداد من قِبل الأب والأم، فقال ابن القاسم: أحب إلي أن لا يُقطع لأنه أب، ولأنه ممن تغلظ عليه الدية، وقد ورد: "ادرءوا الحدود بالشبهات"(١).

وقال أشهب: يقطعون؛ لأنهم لا شبهة لهم في ماله، ولا نفقة.

وتأول بعضهم قول ابن القاسم: أحب على الوجوب، ولا خلاف في قطع باقي القرابات.

(ص): (ولا يُقطع من سرق من غريم مُمَاطل جنس حقه، ولا من سرق من جوع أصابه)

---

(١) ضعيف: ذكره السخاوي في المقاصد الحسنة، وقال: الحارثي في مسند أبي حنيفة له من حديث مقسم عن ابن عباس به مرفوعا، وكذا هو عند ابن عدي أيضا، وفي ترجمة الحسين بن علي بن أحمد الخياط المقري من الذيل لأبي سعد بن السمعاني من روايته عنه، عن أبي منصور محمد بن أحمد بن الحسين النديم الفارسي، أنا جناح بن نذير، حدثنا أبو عبد الله بن بطة العكبري، حدثنا أبو صالح محمد بن أحمد بن ثابت، حدثنا أبو مسلم إبراهيم بن عبد الصمد، حدثنا محمد بن أبي بكر المقدسي، حدثنا محمد بن علي الشامي، حدثنا أبو عمران الجوني، عن عمر بن عبد العزيز، فذكر قصة طويلة فيها: قصة شيخ وجدوه سكران، فأقام عمر عليه الحد ثمانين، فلما فرغ قال: يا عمر ظلمتني فإنني عبد، فاغتم عمر، ثم قال: إذا رأيتم مثل هذا في هيئته وسمته وفهمه وأدبه فاحملوه على الشبهة، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ادرؤوا الحدود بالشبهة"، قال شيخنا: وفي سنده من لا يعرف ولابن أبي شيبة من طريق إبراهيم النخعي، عن عمر، قال: لأن أخطئ في الحدود بالشبهات، أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات، وكذا أخرجه ابن حزم في الإيصال له بسند صحيح وعند مسدد: من طريق يحيى بن سعيد، عن عاصم، عن أبي وائل، عن ابن مسعود، أنه قال: ادرؤوا الحدود عن عباد الله.، وكذا أشار إليه البيهقي من حديث الثوري عن عاصم بلفظ: ادرؤوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم، وقال: أنه أصح ما فيه وفي الباب: ما أخرجه الترمذي، والحاكم، والبيهقي، وأبو يعلى: من طريق الزهري، عن عروة، عن عائشة مرفوعا: "ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من يخطئ في العقوبة"، وفي سنده يزيد بن أبي زياد وهو ضعيف، لا سيما وقد رواه وكيع عنه موقوفا، وقال الترمذي: أنه أصح، قال: وقد روي عن غير واحد من الصحابة أنهم قالوا ذلك، وقال البيهقي في السنن: رواية وكيع أقرب إلى الصواب، قال: ورواه رشدين، عن عقيل، عن الزهري، ورشدين ضعيف أيضا ورويناه عن علي مرفوعا: "ادرؤوا الحدود، ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود"، وفيه المختار بن نافع، وهو منكر الحديث، كما قاله البخاري، وروي عن عقبة ومعاذ موقوفا، وأُخرج عن ابن ماجه من جهة إبراهيم بن الفضل وهو ضعيف، عن سعيد بن أبي سعيد، عن أبي هريرة رفعه: "ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا".

(ش): لأن له شبهة، ومفهوم قوله: (مماطلا)، أنه لو لم يكن مماطلا أنه يقطع.

وكذلك يُفهم من قوله: (جنس حقه)، أنه لو سرق من غير جنسه أنه يقطع، وفيه نظر.

وقد قدم المصنف في باب الدعوى: إذا قدر على غير حقه ثلاثة أقوال: فقال: ثالثها: إن كان من جنسه جاز.

فإن قلت: ينبغي قطعه على القول بأنه ليس له ذلك. قيل: يحتمل ذلك، ويحتمل أن يقال: بعدم القطع مراعاة للخلاف، والله سبحانه أعلم.

والذي نقله ابن عبد البر رحمه الله تعالى، عن مالك من رواية ابن القاسم خلاف هذا كله، فقال: ورَوَى ابن القاسم القطع على من سرق من مال غريمه مثل دَيْنِه، وخالفه أكثر الفقهاء من أصحاب مالك وغيرهم، لتجويزهم له أخذ ماله من مال غريمه كيفما أمكنه. وقد روى ذلك ابن وهب، وابن دينار، عن مالك.

وقوله: (ولا من سرق من جوع أصابه)، أي: جوعًا شديدًا يخشى معه التلف؛ لأنه حينئذ تجب المواساة، فكان مأذونًا له في الأخذ[١].

ورُوِيَ أن عمر رضي الله عنه لم يقطع عام الرمادة[٢].

فصل: في الحرز

(ص): **(والحِرْزُ ما لا يُعَدُّ الواضع فيه في العُرف مُضَيِّعًا للمال)**

(ش): هذا راجع إلى قوله: (محرزًا)، ونسب عدم التضييع إلى العُرف؛ لأن التضييع والحفظ أمران نسبيان، لا ينضبطان إلا بالعُرف، فقد يكون الشيء محفوظًا في مكان مضيعًا في غيره، ومحفوظًا بالنسبة إلى شخص دون شخص، وبهذا يندفع إيراد من أورد عليه بعض مسائل الوديعة، كمن أودع دراهم فوضعها في صحن داره، فأخذها ولده أو زوجته، فإنه يضمن، لتضييعه، ولو سرقها سارق من أي موضع كان، لَقُطِع[٣].

وجوابه ما ذكرنا: وهو أنه مضيع لها بالنسبة إلى ولده، وممن يدخل عليه بإذن، أو بغير إذن، وحافظ بالنسبة إلى السارق[٤].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ١٨/٤٤٢، وشرح خليل، للخرشي: ٢٣/٢٦٥.

(٢) انظر: منح الجليل: ٢٠/٢٩، وشرح مختصر خليل: ٨/٩٤.

(٣) انظر: منح الجليل: ٢٠/٢٩، وشرح مختصر خليل: ٨/٩٤.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ١٢/١٧١، والذخيرة: ١٢/١٤٠.

فإن قيل: يلزم أن يضمنها إذا أخذها ولده أو خادمه، ولا يضمنها إن سرقها سارق؛ لأنه غير مضيع بالنسبة إليه[(١)].

قيل: هذا وإن كان ظاهرًا، إلا أنه عارضه أصل آخر، وهو أن الوديعة تضمن بالتفريط إذا ضاعت بالوجه الذي يتقى عليها منه، سواء أخذها من يخشى عليها منه، أو غيره[(٢)].

والجمهور على اعتبار الحرز، خلافًا لبعض أهل الحديث وبعض الظاهرية؛ لِمَا رواه الترمذي وصححه عنه عليه الصلاة والسلام: "ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع". ورَوَى النسائي عنه عليه الصلاة والسلام: "لا قطع في كَثَرٍ ولا ثَمَرٍ"، والكَثَرُ: الجُمَّارُ[(٣)].

(ص): (فالدور والحوانيت حرز لما فيها، وإن غاب أهلها، وأفنية الحوانيت حرز لما وضع للبيع، وعرصة الدار، وساحة الخان حرز للأثقال والأعكام مطلقًا، وحرز لغيرها للأجنبي)

(ش): إذ لا يعد الواضع في جميعها مضيعًا[(٤)].

وقوله: (**وإن غاب أهلها**)، نحوه في "المدونة"، زاد فيها: سرقه في ليل، أو نهار.

وفي "المُوَّازِيَّة": في مثل القطاني يبيعونها في القفاف، ولهم حصر يغطونها بالليل، وذلك بأفنية حوانيتهم، فقام صاحبها لحاجة وتركها على حالها، فقال: لا قطع على من سُرق منه[(٥)].

للخمي، وغيره: وفرق بين ما يثقل نقله، ويخف، ولم ير ذلك في تابوت الصيرفي: وإن كان مبنيًا، لأن ما يعمل فيه مما يخف نقله.

نص ابن القاسم: على القطع في تابوت الصيرفي يقوم عنه صاحبه لحاجة.

قاله أشهب، قال: ولا فرق بين المبني وغيره، إلا أن يكون شأنه أن ينصرف به كل

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٦/٣٠٥، والذخيرة: ١٢/١٤١.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٢/١٤٣، والشرح الكبير: ٤/٣٣٥.

(٣) أخرجه الترمذي، برقم (١٤٤٨) وقال: حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَقَدْ رَوَاهُ مُغِيرَةُ بْنُ مُسْلِمٍ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، نَحْوَ حَدِيثِ ابْنِ جُرَيْجٍ، وَمُغِيرَةُ بْنُ مُسْلِمٍ هُوَ: بَصْرِيٌّ أَخُو عَبْدِ الْعَزِيزِ الْقَسْمَلِيِّ، كَذَا قَالَ عَلِيُّ بْنُ الْمَدِينِيِّ.

(٤) انظر التاج والإكليل: ١٢/١٧٧، والثمر الداني: ١/٦٠٤.

(٥) انظر: حاشية العدوي: ٧/١٦١، وشرح خليل: ٢٣/٢٥٣.

ليلة فنسيه، فلا قطع على آخذه[١].

ولا إشكال في أن الحوانيت حرز؛ لما فيها إذا كان صاحبها فيها.

اللخمي: والسارق من البزاز، إذا أطلعه على حانوته على ثلاثة أوجه: إن كان دفع إليه شيئًا ليقلبه، أو ليختار منه، أو أباح له أن يقلب صنفًا فسرق منه لم يقطع، وإن مَدَّ يده إلى غيره من المتاع مما هو إلى جنبه، لم يقطع عند مالك، وقطع على قول عبد الملك، والأول أشبه؛ لأنه كالمؤتمن عليه، وإن سرق من تابوت المتاع لم يقطع على أحد القولين في الضيف، والقطع أبين[٢].

إن سرق من الحانوت من لم يؤذن له في طلوعه، ولا أن يتناول منه، قُطِعَ، وإن أذن له أن يقلب منه شيئًا، لم يقطع، وإن كان لم يُطلعه.

وإن كان غاب عن حانوته، وترك متاعه على حاله، ولا أحد معه، قُطِعَ سارقه. انتهى.

ابن عبد البر: وإن سرق من حانوت تاجر في سوق كبيرة، أو صغيرة في ليل أو نهار ما يُقطع من مثله، قُطِعَ؛ إلا أن تكون قيسارية لها أبواب وحيطان محدقة بها، فإنها بالليل خاصة حرز واحد، ولا قطع عليه حتى يخرج منها بسرقته[٣].

قوله: (وعرصة الدار... إلى آخره)، العَرَصة لغة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، قاله الجوهري، والمراد بها هنا: قاعة الدار.

والأعكام: جمع عِكم بالكسر. الجوهري: العدل.

وقوله: (مطلقًا)، أراد بالإطلاق أنه لا فرق بين الأجنبي والساكن معه[٤].

(ع): ويتعين هنا أن يريد المصنف بعرصة الدار: الدار المشتركة المأذون فيها لأهلها، ولغيرهم، لعطف ساحة الخان عليها، والمعنى على هذا التقدير: أن ما وضع في عرصة هذه الدار، وفي ساحة الخان من الأوعية العظيمة، أو مما يثقل قطع سارقه؛ كان من أهل الدار أو من غيرهم، وإن وضع ما يخف نقله، فموضعه حرز على الأجنبي

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٣٦/٧، والذخيرة: ١٤٣/١٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٦٠٣/١، والذخيرة: ١٤٣/١٢.

(٣) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/٤.

(٤) انظر: الشرح الكبير: ٣٣٥/٤، والقوانين الفقهية: ٢٣٧/١.

وحده. انتهى[١].

ورُدَّ بأن ساحة هذه يستوي فيها الأجانب وغيرهم، ولا يُقطع من سرق من ساحتها ما يخف نقله، كان أجنبيًا، أو غيره، نص عليه في "المدونة" وغيرها وعلى هذا فيحمل كلام المصنف على الدار المشتركة بين ساكنيها المحجورة عن غيرهم، والحكم فيها كما ذكر المصنف[٢].

قال في "المقدمات": والدور ست:

الأولى: أن يسكنها وحده، ولا يأذن فيها لأحد، فهذه كل من سرق منها فأخرجه من الدار، قطع اتفاقًا، وهذه تندرج في قول الشيخ رحمه الله، والدور والحوانيت حرز[٣].

الثانية: أن يأذن فيها ساكنها، أو مالكها لخاص من الناس كالضيف، أو يبعث رجلا إلى داره ليأتيه من بعض بيوتها بشيء، فأختلف إذا سرق الضيف، أو الرجل المعبوث من بيت مغلق قد حجر عليه دخوله على قولين[٤]:

أحدهما: قوله في "المدونة"، و"المُوَّازِيَّة": أنه لا يقطع وإن خرج بما سرق من جميع الدار؛ لأنه خائن وليس بسارق[٥].

والثاني: قول سحنون: أنه يقطع إذا أخرجه إلى الموضع المأذون فيه، كالشركاء في الساحة يسرق أحدهم من بيت صاحبه، ويخرج بما سرق إلى ساحة الدار، وحكى عبد الحق في المسألة قولا ثالثًا تأوله على "المدونة"، وحكى أنه (لمالك في "الموازية"): أنه لا يقطع حتى يخرج به من جميع الدار، وليس ذلك بصحيح؛ لأنه قد نص في "المدونة"، و"الموازية" على أنه خائن، وليس بسارق، ولا يقطع خائن على حال[٦].

الثالثة: أن ينفرد الرجل بسكناها مع زوجته عن الناس، فاختلف إن سرقت الزوجة،

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢، والثمر الداني: ٦٠٣/١.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٥/٤.

(٣) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/١٤.

(٤) انظر التاج والإكليل: ١٧٧/١٢، والثمر الداني: ٦٠٤/١.

(٥) انظر: حاشية العدوي: ١٦١/٧، وشرح خليل: ٢٥٣/٢٣.

(٦) انظر: البحر الرائق: ٦٨/٥، وبدائع الصنائع: ٨١/٧، وشرح منتهى الإرادات ٣ / ٣٧٢، وكشاف القناع ١١٨/٦.

أو أمتها من مال الزوج من بيت قد حجر عليهما، أو أغلقه دونهما، أو سرق الزوج، أو عبده من مال الزوجة من بيت حجرته عليهما على قولين[١]:

أحدهما: أنه يُقطع من سرق منهما إذا أخرجه من البيت المحجور، وإن لم يخرجه من جميع الدار، وهو ظاهر "المدونة"، ونص قول سحنون كالمتحايزين بالسكنى في الدار الواحدة، لانه إذن محكوم به في الموضعين، وحكى عبد الحق أن لمالك في "المُوَّازِيَّة": أنه لا يقطع حتى يخرج به من الدار، وليس بصحيح؛ لأنه نص في أول المسألة على أنه لا يُقطع، وإن خرج به من الدار فيتأول ما وقع له في آخرها على الأجنبي، وإلا تناقض[٢].

الرابعة: ذات الإذن العام كالعالم والطبيب يأذن للناس في دخولهم إليه، فيُقطع من سرق من بيوتها المحجورة إذا خرج بالسَّرِقَة عن جميع الدار؛ لأن بقية الدار من تمام الحرز؛ إذ لا يدخل إلا بإذن وفارق الضيف؛ لأن الضيع خص بالإذن، فصار له حكم الخائن بانتمائه، ولا يقطع من سرق من قاعتها، وما لم يحجر عليه من بيوتها اتفاقًا.

الخامسة: المشتركة بين ساكنيها المباحة لجميع الناس كالفنادق وقاعتها كالمحجة، فمن سرق من بيوتها من الساكنين أو غيرهم، وأخذ في قاعتها، قُطِعَ بالاتفاق[٣].

السادسة: الدار المشتركة بين ساكنيها المحجورة على الناس، فلا خلاف أن السكان يُقطع من سرق منهم من بيت صاحبه، إذا أُخذ وقد خرج بسرقته إلى قاعة الدار، وإن لم يخرج بها من الدار، ولا يدخلها بيته، ولا خلاف في أنه لا قطع على من سرق منهم من قاعة الدار شيئًا، وإن أدخله بيته، أو خرج به عن الدار إلا أن يكون الذي سُرِقَ من قاعتها دابة من مربطها المعروف لها، أو ما أشبه ذلك من الأحكام، فحكم من سرق ذلك حكم من سرق من البيوت، واختلف إن سرق الأجنبي من بيت من بيوت الدار، وأُخذ في قاعتها، أو سرق ما وُضع في قاعتها، كالثوب، ويُؤخذ خارجها، على أربعة أقوال، فقيل: يقطع فيهما، وهو نص " المُوَّازِيَّة"، وهو ظاهر ما في "المدونة" في الوجه الأول، ونص ما له فيها في الوجه الثاني، وقيل: لا يقطع فيهما، وقيل: يقطع في

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٣٣٥/٤، والقوانين الفقهية: ٢٣٨/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٧١/١٢، والذخيرة: ١٤٠/١٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٣٠٥/٦، والذخيرة: ١٤١/١٢.

الوجه الأول دون الثاني، وقيل بعكسه، وعليه حمل عبد الحق "المدونة"[١].

(ص): **(ومواقف البيع حرز للمبيع، وإن غاب أهلها مربوطة، أو غير مربوطة)**

(ش): هو ظاهر، ونحوه في "المدونة"[٢].

قال اللخمي: وقال أبو مصعب: من سرق شاة مربوطة من السوق، قُطِعَ.

وحمله اللخمي على الخلاف الأول، لقوله: والأول أحسن إذا لم يذهب صاحبها عنها؛ لأنه حرز لها، وإن لم يكن معها لم يقطع في الشاة الواحدة؛ لأن الغالب أنها لا تثبت في موضعها، وإن كانت كثيرة قطع[٣].

(ص): **(ومواقف الدواب المتخذة لذلك كذلك كفنائه وباب داره)**

(ش): قوله: (لذلك)، أي: للبيع، وقوله: (كذلك)، أي: حرز، كمواقف الأمتعة.

قال في "المُوَّازِيَّة": وإن سرق منها من أُذن له في تقليبها، لم يُقطع.

اللخمي: وإن تعامل عليه رجلان، فكان أحدهما يسوم ويُقَلِّب، والآخر يسرق، قُطِعَ الذي سرق وحده[٤].

وقوله: (كفنائه وباب داره)، تشبيه لإفادة الحكم، أي: كذلك يقطع من سرق الدواب التي في فنائه، وباب داره، وظاهر كلامه سواء كانت مربوطة أو لا، وهو خلاف ظاهر "المدونة"، ففيها: ومن حلها من مرابطها المعروفة لها فأخذها، قُطِعَ.

وخلاف نص " المُوَّازِيَّة"، ففيها: وأما الدابة بفنائه المعروف مربوطة، أو على مذودها، والبعير المعقول بمعتلف له، أو موضع معروف يأكل عليه، فمن سرق من مثل هذا قُطِعَ، وأما إن كان ليس بفناء معروف، أو كان مخلى سبيله، فلا يُقطع، ولو شاء، قال: وجدته ضالا[٥].

(ص): **(بخلاف باب المسجد والسوق، إلا أن يكون معه حافظ)**

(ش): السوق معطوف على باب، أي: وبخلاف السوق، ويحتمل أن يكون معطوفًا

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢، والثمر الداني: ٦٠٣/١.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٥/٤

(٣) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/١٤.

(٤) انظر التاج والإكليل: ١٧٧/١٢، والثمر الداني: ٦٠٤/١.

(٥) انظر: حاشية العدوي: ١٦١/٧، وشرح خليل: ٢٥٣/٢٣.

على المسجد، أي: وبخلاف باب السوق[١].

والأول: هو الذي في "الجواهر"، لقوله: فإن كانت الدابة بباب المسجد، أو في السوق، لم تكن محرزة[٢].

(ع): وما ذكره المصنف ظاهر في باب المسجد، وأشار إلى أنه يُخَرِّج الخلاف في السوق من مواقف الدواب للبيع[٣].

(ص): **(وظهور الدواب حرز)**

(ش): ظاهره سواء كان معها أهلها أو لا، وهو مقتضى "المدونة"، لقوله: يقطع من سرق من الحوانيت، أو البيوت، غاب أهلها أو لا، وكذلك ظهور الدواب.

وفي اللخمي: ومن سرق من المحمل قُطِعَ، كان فيه صاحبه، أو لم يكن، وهو كالخباء، إلا على ما قال محمد بن عبد الحكم: لا يُقطع إلا أن يكون معه صاحبه[٤].

وفي "البيان": المحمل الذي على البعير كالسرج الذي على الدابة، فمن سرقه، أو سرق شيئًا منه قطع، إلا أن يكون مخلى في غير حرز، ولا حارز، فلا يكون على سارقه قطع كما لو سرق الدابة بسرجها، وهي مخلاة[٥].

(ص): **(وخباء المسافر حرز لنفسه، ولما فيه، وخارجه، إن غاب صاحبه)**

(ش): الضمائر في قوله: (لنفسه، وفيه وخارجه)، كلها عائدة عل الخباء.

وقوله: (وخارجه)، الأقرب أنه مجرور بالعطف على ما قبله، ولهذا وقع في بعض النسخ (وبخارجه)، وجعل (ع) قوله: (وخارجه) مرفوعًا بالابتداء، والخبر محذوف، أي: وخارجه حرز لما فيه، ولا حاجة لذلك[٦].

قال في "البيان": ولا خلاف أنه حرز وإن غاب عنه أهله؛ لأنه قد صار الموضع الذي نزله من الفلاة منزلا وحرزًا لمتاعه، لا شرك لأحد معه فيه، وإن كانوا جماعة مسافرين ضربوا أخبيتهم، فسرق بعضهم بعضًا، قُطِعَ السارق[٧].

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٣٦/٧، والذخيرة: ١٤٣/١٢.

(٢) انظر: الفواكهة الدواني: ٤٧٠/١، وشرح خليل: ٢٥٦/٢٣.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٢٥٤/٢، وشرح منتهى الإرادات: ٣ / ٣٦٤.

(٤) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢.

(٥) انظر: الثمر الداني: ٦٠٣/١، والذخيرة: ١٤٣/١٢.

(٦) انظر: الشرح الكبير: ٣٣٥/٤، والقوانين الفقهية: ٢٣٩/١.

(٧) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/٤.

محمد: يريد ما لم يكونوا من أهل خباء واحد[١].

ونقل اللخمي عن محمد بن عبد الحكم: عدم القطع، وإن لم يكونوا من أهل خباء واحد[٢].

ويؤخذ من كلام اللخمي في سرقة الخباء قولان: فإنه قال: قال مالك في "المدونة": إذا وضع المسافر متاعه في في خبائه، أو خارجًا عن خبائه، وذهب لاستقاء ماء، أو لحاجة، وترك متاعه، قُطِعَ سارقه[٣].

قال: ومن ألقى ثوبه في صحراء، وذهب لحاجة، وهو يريد الرجعة ليأخذه، فسرقه رجل، فإن كان منزلا نزله، قُطِعَ سارقه وإلا لم يُقطع[٤].

وقال أشهب في "المُوَّازِيَّة": إن طرحه بموضع ضيعة، فلا قطع فيه، وإن طرحه بقرب منه، أو من خبائه، أو خباء أصحابه، فإن كان سارقه من غير أهل الخباء، قُطِعَ.

وقاله يحيى بن سعيد، وقال سحنون: إنما الأمر في الخباء، فإن لم يكن في الخباء، فلا قطع.

(ص): **(والقِطَار كذلك سائرة أو واقفة)**

(ش): القِطَار: الإبل المربوطة بعضها في بعض. وقوله: (كذلك)، أي: من سرق منها، أو ما عليها قطع، وإن غاب أهلها، هذا مقتضى التشبيه، ولا يشترط كونها مقطورة[٥].

فلمالك في "المُوَّازِيَّة": وإذا سيقت الإبل غير مقطورة، فمن سرق منها قُطِعَ، والمقطورة أبين، وكذلك الرواحل، قال: وكذلك الإبل إذا سيقت والدواب إلى المرعى[٦].

(ص): **(والسَّفِينة حِرْزٌ لما فيها إذا أُرسيت، أو كان معها أحد)**

(ش): حاصله أن السفينة حرز بأحد أمرين: إما بالإرساء سواء كان معها أحد أم

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٨٨/١٢، والذخيرة: ١٩٨/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٤/٤.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ٤٤٢/١٨، وشرح خليل، للخرشي: ٢٦٥/٢٣.

(٣) انظر: منح الجليل: ٢٩/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٤/٨.

(٤) انظر: منح الجليل: ٣٠/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٥/٨.

(٥) انظر: منح الجليل: ٢٩٠/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٤/٨.

(٦) انظر: منح الجليل: ٢٩٥/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٤/٨.

لا، وإما أن يكون معها أحد سواء كانت مرساة أم لا، وليس بجيد؛ لأن هذا إنما هو في سرقتها نفسها، وأما في سرقة ما فيها فلا[١].

وحكمها حكم صحن الدار المشتركة بين السكان فيها، قاله في "البيان".

فإن سرق بعض الركاب من بعض، وهو على متاعه، قُطِعَ، وإن لم يخرج عن السفينة، وإن قام عنه لم يُقطع وإن خرج به عنها، وإن سرق منها أجنبي وصاحب المتاع على متاعه، فأخذ السارق قبل أن يخرج منها قطع على اختلاف، وإن لم يكن على متاعه لم يقطع اتفاقًا، وأما إن خرج بما سرق منها، فإنه يُقطع، كان صاحب المتاع معه أم لا[٢].

وأما سرقة السفينة، فكما ذكر المصنف رحمه الله تعالى إن أرست في المرسى، أو على قرية تصلح للمرسى.

اللخمي: واختُلف إذا أرست في غير قرية، فقال ابن القاسم: إذا نزلوا منزلا فربطوها فيه، وذهبوا لحاجتهم، ولم يبق منهم أحد، قُطِعَ.

وقال أشهب في "المُوَّازِيَّة": لا يُقطع، كالدابة إذا رُبطت بموضع لم تعرف به.

(ص): **(والمطامير في الجبال وغيرها حرز)**

(**ش**): ظاهره سواء كانت بالحضرة، أو لا، والمنقول عن مالك في "العُتْبِيَّة"، و"الموازية" خلافه، لقوله: أما ما كان في الفلاة قد أسلمه صاحبه، فلا أرى فيه قطعًا، وأما ما كان بحضرة أهله معروفًا، فعلى من سرق منها ما قيمته ثلاثة دراهم القطع.

(ص): **(والقَبْر حرز، وإن كان في الصحراء)**

(**ش**): نحوه في "المدونة"، أي: فيُقطع من أخرج منه من الكفن ما قيمته ثلاثة دراهم، وهو قول عائشة رضي الله تعالى عنها، قالت: (سارق موتانا كسارق أحيائنا).

ونقل مالك في "الموطأ " العمل عليه، وبه قال الجمهور، خلافًا للحنفية[٣].

وأقام بعضهم من مسألة المطامير، قولا: بأنه لا يُقطع في القبر إلا أن يكون قريبًا من الديار[٤].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/١٧١، والذخيرة: ١٢/١٤٠.

(٢) انظر: منح الجليل: ٩/٣١٥، والثمر الداني: ١/٦٠٤.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٢/١٦٥.

(٤) انظر: الثمر الداني: ١/٦٠٣، والذخيرة: ١٢/١٤٣.

(ص): (والبحر لمن رُمِي فيه كالقبر)

(ش): لأنه رُمي فيه على وجه الحفظ له، فأشبه القبر[١].

(ص): (والجَيْب والكُمُّ حرز لما فيهما)

(ش): وكذلك الكف، وسواء كانت مصرورة أم لا، وهذا مقيد بغير أهل الصنيع[٢].

فإنه ليس الكم حرزًا مع بعضهم بعضًا، رواه ابن وهب، واشهب عن مالك، وقاله ابن الماجشون، ونص على القطع إذا سرق أحد المصلين من كُمِّ الآخر؛ لأنه لم يأذن أحدهما للآخر، في الكون هنا، والأحكام جرت إليه[٣].

واختار اللخمي القطع في الصنيع إذا سرق من كُم صاحبه، قال: وإن سرق نعلين من جملة النعال لم يُقطع؛ لأنه مأذون له، ومؤتمن أن يجعل نعليه معها، وإن يميزه من جملتها فيصير خائنًا.

(ص): (وكل شيء مع صاحبه وبين يديه، فهو محرز)

(ش): هو ظاهر، ووقع في بعض النسخ قبل هذه الكلية كلية أُخرى، وهي: كل شيء له مكان، فمكانه حرز، وهي أيضًا ظاهرة التصور.

اللخمي: والأحراز ثلاثة[٤]:

أحدها: ما حده الغلق وشبهه، كالدور والحوانيت.

والثاني: الإنسان لما عليه، أو معه، أو يحرسه وهو يقظان، أو نائم، فمن سرق من هذين، قُطِعَ بلا خلاف.

والثالث: ما عداهما، كالذي يجعل في الأفنية، أو على الحبل، ففيه اضطراب.

فرع

في "المدونة": ومن جَرَّ ثوبًا منشورًا على حائط، بعضه في الدار، وبعضه خارج إلى الطريق، لم يُقطع؛ لدرء الحد بالشبهة، إذ بعضه في موضع الإباحة.

ورُوِيَ عن ابن القاسم وغيره: أنه يُقطع بمنزلة ما على البعير[٥].

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٣٣٥/٤، والقوانين الفقهية: ٢٤٠/١.

(٢) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/٤.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٨٨/١٢، والذخيرة: ١٩٨/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٤/٤.

(٤) انظر: الشرح الكبير: ٤٢٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢٨١/١٤.

(٥) انظر: شرح خليل، للخرشي: ٢٥٠/١٨، وحاشية الدسوقي ١٨٩/٢، ونهاية المحتاج: ١١٩/٨،٧٣،

=

واختلف عن مالك فيما على حبل الصباغ والقَصَّار، وقال في الغسال: يخرج الثياب إلى البحر يغسلها وينشرها، وهو معها فيسرق منها أنه يقطع بمنزلة الغنم في مراحها.

(ص): **(والحَمَّام بالحارس حرز، وبغيره حرز عن النَّقْب والتَّسور)**

(ش)، يعني: أن الحَمَّام إما أن يكون بحارس أو لا، فإن كان بحارس فهو حرز.

أبو عمران: وسواء أقامه صاحب الثياب، أو صاحب الحمام؛ لأنه أقيم للحفظ فيهما، وقيده اللخمي بما إذا لم يأذن له الحارس في تقليب الثياب، فقال: إن سرق من الحارس من ليس له عنده ثياب، قُطِعَ، إلا أن يوهمه أن له عنده ثيابًا، فأذن له في النظر في الثياب، فلا يُقطع، وإن كان له عنده ثياب فناوله إياها الحارس، فمد يده إلى غيرها، قُطِعَ[1].

ابن رشد: وحيث قلنا بالقطع، فذلك ما لم يَدَّع أنه أخطأ، فإن ادعاه، صدق إذا أشبه، قال: وإن كان معها من يحرس، فلا قطع حتى يخرج بها إن كان دخل لِيَتَحَمَّمَ؛ لأنه أذن له، وإن دخل للسرقة فأخذ قبل أن يخرج، فيجري على الاختلاف في سرقة الأجنبي من بعض بيوت الدار المشتركة.

وأما إن لم تكن بحارس، ففي "المدونة" كما قال المصنف: هو حرز عن النقب والتسور، أي: لأنه لم يؤذن له في الدخول على هذا الوجه، وإنما أذن له في الدخول من الباب[2].

عياض: قد تشكل هذه المسائل على كثير ممن لم يذاكر، فيظن أنه إنما يقطع من نقب الحمام، ولم يدخل من بابه، وليس كذلك، بل كل من دخل الحمام وسرق من نقب، أو غيره ممن لم يدخل مع الناس داخل الحمام، أو اعترف أنه جاء لقصد السَّرِقَة، فإنه يُقطع؛ لأن العلة في سقوط القطع الإذن العرفي بالتصرف في ثياب بعضهم بتنحيتها؛ ليوسعوا لأنفسهم، أو ثيابهم، بخلاف من اعترف أنه لم يدخل الحمام إلا

=

والأحكام السلطانية، للماوردي: ١٣٧ - ١٣٨.

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/ ١٧١، والذخيرة: ١٢/ ١٤٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/ ٣٠٥، والذخيرة: ١٢/ ١٤١.

للسرقة، فإنه لا إذن له[1]. انتهى.

ولهذا قال اللخمي بالقطع في الثياب التي في الطيقان، سواء كان ممن دخل الحمام أم لا؛ لأنه لا إذن له فيها، وإنما هي لمن سبق، إلا أن تكون لهم عادة في المشاركة والتوسع في ذلك، وتكون طيقانًا كبارًا[2].

(ص): **(والمسجد حرز لبابه وسقفه)**

(ش): لم يذكروا في ذلك خلافًا، لكن اختلفوا في بلاط المسجد، هل يُقطع سارقه، ويعسر الفرق بينه وبين باب المسجد، وكلامه يقتضي أنه لا يقطع حتى يخرج بذلك من المسجد، لجعله المسجد حرزًا، والصواب لو قال: (وموضع الباب والسقف حرز)؛ لأنه يجب القطع، وإن لم يخرج من المسجد، نص عليه صاحبه " البيان"، وغيره، ونص عليه مالك في "الواضحة " في البلاط، والحصر والقناديل[3].

(ص): **(وفي القناديل ثالثها حرز إن كان عليها غلق)**

(ش): القول بالقطع كان عليها غلق أو لا، لمالك، وسَوَّى بين الليل والنهار، وقاله ابن الماجشون وأصبغ، ومقابله لأشهب، نظرًا إلى الإذن، ورُؤِيَ في الأول: أن الإذن ليس من قبيل المالك حتى يكون كالضيف، وإنما هو شيء أوجبه الحكم، فلا يرفع القطع[4].

والقول الثالث: لم أره منصوصًا.

نعم أشار اللخمي إى تخريج قول ابن القاسم الذي في الحصر إن سرقها نهارًا لم يُقطع، وإن تسور عليها ليلا قُطِعَ[5].

ولما أخذ يوجهه ذكرها على نحو ما ذكره المصنف، فجعل الليل عبارة عن الغلق.

(ص): **(وفي الحصير رابعها إن ربط بعضها ببعض)**

(ش): القطع لمالك، ومقابله لأشهب كما ذكرنا، والثالث: لابن القاسم.

والرابع: لسحنون، وفرق بين ما يخف نقله، وما لا يخف، اللخمي: وعلى قوله لا

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٥/٤.

(٢) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/٤.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢، والثمر الداني: ٦٠٣/١.

(٤) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/١٤.

(٥) انظر التاج والإكليل: ١٧٧/١٢، والثمر الداني: ٦٠٤/١.

يُقطع في القناديل، ويُقطع في بلاطه[(١)].

(ص): (**والبُسُط المتروكة فيه كالحصر، بخلاف ما يُحمل ويُرد، إلا أن يكون معها حافظ**)

(ش): ظاهره أن الأقوال الأربعة جارية هنا، ولعلها بالتخريج، إذ ليست منصوصة هنا، ويحتمل أن يكون مراده حكايه التشبيه.

والواقع في رواية ابن الماجشون قال في الرواية: إذا كانت الطنافس تترك فيه ليلا ونهارًا، فهي كالحصر، وأما طنافس تحمل وترد وربما نسيها صاحبها، فلا يقطع فيها، وإن كان على المسجد غلق؛ لأن الغلق لم يكن من أجلها، ونحوه لابن القاسم.

فرع

نقل ابن الماجشون، عن مالك: القطع في حُلي باب الكعبة[(٢)].

مالك: ولا قطع فيما سرق من حلى الكعبة، قال الشيوخ: معناه إذا سرق في وقت فتحه، وإن سرق منه في وقت لم يؤذن فيه، ولم يفتح، قُطِعَ.

مالك: وإن كان في المسجد بيت لحصره، أو لزكاة الفطر، أو غير ذلك، فلا قطع على من دخل بإذن، ويُقطع من لم يدخله بإذن إذا أخرجه إلى المسجد، وإن وضعت زكاة الفطر في المسجد، يعني: وليس في بيت، فلا يُقطع، إلا أن يكون معها حارس، قاله مالك، واختاره ابن حبيب، ونقل في "البيان " قولا آخر بأنها كالحصر يقطع فيها وإن لم يكن لها حارس، وأشار اللخمي إلى أنه يدخل على هذا الخلاف الذي في الحصر.

ابن القاسم: وإن جعل ثوبه قريبًا منه، ثم قام يُصَلِّي، فسرقه رجل، قُطِعَ إذا أُخِذَ، وقد قبضه قبل أن يتوجه به، قال: ولو قلت: لا يُقطع حتى يتوجه به، لَقُلْت: لا يُقطع حتى يخرج به من المسجد[(٣)].

فصل: الإذن المسقط للقطع

(ص): (**ولا يُقطع أحد الزوجين إلا فيما حُجر عنه في مسكن آخر**)

---

(١) انظر: البحر الرائق: ٦٨/٥، وبدائع الصنائع: ٨١/٧، وشرح منتهى الإرادات ٣ / ٣٧٢، وكشاف القناع ١١٨/٦.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٢٥٤/٢، وشرح منتهى الإرادات: ٣ / ٣٦٤.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢، والثمر الداني: ٦٠٣/١.

(ش): قد تقدم في هذه خلاف في الدار الثالثة من كلام ابن رشد.

عياض: ولا خلاف فيما سرقه أحد الزوجين من صاحبه مما لم يغلقه دونه، ولم يحجره عنه، ولا خلاف في القطع في سرقة أحدهما من الآخر ما هو خارج عن مسكنهما ما لم يأذن في التصرف فيه[١].

(ص): **(ويُقطع ولد أحد الزوجين وعبده فيما حُجر عنه، ولم يُؤْذَن له في دخوله)**

(ش): هذا الفرع سقط من بعض النسخ، وهو الأظهر؛ لأنه إذا قطع أحد الزوجين فيما حجر عنه، فلأن يُقطع ولد أحدهما وعبده من باب الأوْلى.

(ص): **(ولا يُقطع العبد في مال سيده)**

(ش)، يعني: وإن سرق من موضع محجور عليه، وهذا هو المشهور.

وقال أبو مصعب: يُقطع إذا سرق من موضع حجب عنه، وفي "مختصر الوقار" نحوه[٢].

والأول: مذهب الجمهور، وقاله عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما.

ابن عبد البر: ولا أعلم لهما مخالفًا من الصحابة والتابعين، ورجح أيضًا بأن للعبد شبهة في مال سيده بالإنفاق عليه منه، وليس معاوضة كالزوجة، ولأن القطع لأجل حفظ المال، وفي القطع هنا زيادة عليه في المصيبة[٣].

قال في "المُوَّازِيَّة": وكذلك لا يقطع العبد المشترك إذا سرق من أحد سيديه. والمكاتب كالعبد نص عليه في "المدونة".

(ص): **(ولا يُقطع الضيف، ولا من دخل في صنيع)**

(ش): هذه هي الدار الرابعة المتقدمة من كلام ابن رشد، والصنيع: الطعام يُعمل سواء كان لقوم مخصوصين أم لا.

فصل: في المحل المنقول إليه

(ص): **(ولا قطع في ثمر مُعَلَّق حتى يأويه الجرين)**

(ش): قد تقدم هذا في الحديث، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون في حائط عليه غلق أم لا، وهو قول ابن الماجشون، قال: وإذا كان الحائط محصنًا مغلقًا على ما

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٥/٤.

(٢) انظر التاج والإكليل: ١٧٧/١٢، والثمر الداني: ٦٠٤/١.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ١٦١/٧، وشرح خليل: ٢٥٣/٢٣.

فيه، وفيه الثمر، والودي، واللقط، فما سرق من ثمر على النخل، أو ودي، أو لقط؛ فلا قطع فيه، ويُقطع فيما كان من المِرْبد مِنْ قِبَل أن اللقط بمنزلة ما في رءوسها.

وقال ابن المواز: إنما أُريد بالحديث في الثمر الحرز. قال: ولو دخل السارق دارًا، فسرق من ثمرها المعلق في رأس النخلة، أو كان مجذوذًا في منزله؛ لقُطِعَ إذا بلغت قيمته على الرجاء والخوف ربع دينار، وألزمه اللخمي إذا كان النخل، والكرم، وغيرهما عليه غلق، وعلم أنه احتيط عليه من السارق أنه يُقطع؛ لأنه جعل الوجه وجود الحرز وعدمه.

وظاهر قوله: (حتى يأويه الجرين)، أنه لا قطع فيه حتى يأويه الجرين.

واختلف إذا سرق من الزرع شيئًا بعد حصاده، وهو في موضع لينقل منه إلى الجرين على ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث بين أن يضم بعضه إلى بعض، فيجب القطع أو لا فلا قطع.

ابن رشد، ولا خلاف في القطع إذا كان عليه حارس، وكذلك أيضًا لا خلاف في القطع إذا سرق منه في حال نقله من أجل حامله[(١)].

وهل لا يُقطع في الجرين إلا أن يكون قريبًا من البيوت، أو يُقطع مطلقًا قولان[(٢)].

فصل: في سرقة ما على الصبي، ومن في حكمه

(ص): (ولا قطع فيما على صبيٍّ، أو معه من حُلِيٍّ أو ثياب، إلا بحافظ)

(ش): هذا مقيد بقيدين:

أولهما: أن لا يضبط الصبي ما بيده، وما معه.

قال في "المُوَّازِيَّة": وإذا كان مثله يحرز ما عليه، قُطِعَ سارقه مستسرًا.

وثانيهما: أن لا يكون في حرز، كدار أبويه، فإن كان في دارهما قُطِعَ، إلا أن يكون السارق أذن له في الدخول.

وقوله: (إلا بحافظ) ظاهر، ولا خلاف فيه[(٣)].

ابن القاسم: وإن أخذ ذلك على وجه الخديعة بمعرفة الصبي، أو كابره كان فيه الأدب، والمجنون كالصبي.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٧/٥٣٦، والذخيرة: ١٢/١٤٣.

(٢) انظر: الفواكهة الدواني: ١/٤٧٠، وشرح خليل: ٢٣/٢٥٦.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٢/٢٥٤، وشرح منتهى الإرادات: ٣ / ٣٦٤.

وجعل اللخمي النائم مثله، قال: وليس في حديث صفوان رضي الله عنه حيث توسد رداءه، فسرق أنه كان نائمًا.

فصل: في وجوه النقل

(ص): **(ولو نقله ولم يُخرجه، لم يُقطع)**

(ش): هذا راجع إلى قوله: (مخرجًا)، يعني: ولو نقل السارق المتاع في الحرز من مكان إلى مكان، أو عقده ليرفعه، ثم أُخذ، لم **يُقطع**، ولا نعلم في ذلك خلافًا[١].

(ص): **(ولو نقب وأخرج غيره، فإن كانا متفقين قُطِعَا، وإلا فلا قطع على واحد منهما)**

(ش): أما إذا تَعَاوَنَا، فإن فعلهما كفعل واحد، ولا يبعد أن يخرج فيها قول بقطع الخارج فقط، كما قيل: إذا ربطها أحدهما، وأخرجها الآخر[٢].

وأما إذا لم يتعاونا، فقال ابن شاس وغيره: لا قطع على واحد منهما، كما قال المصنف، ووجهه أن مجرد النقب لا يوجب قطعًا، ولما حصل النقب لم تبق الدار حرزًا، والظاهر أنه خلاف لما في "المدونة"، ففيها: ولو قربه أحدهما إلى باب الحرز أو النقب، فتناوله الخارج، قُطِعَ الخارج وحده إذ هو أخرجه، ولا **يُقطع** الداخل[٣].

اللخمي: وقال أشهب في "المُوَّازِيَّة": يقطعان جميعًا.

فإن قيل: مسألة "المدونة" غير مسألة المصنف؛ لأنه قال في "المدونة": ولو قربه[٤].

قيل: التقريب وصف طردي، لا تأثير له بالنسبة إلى الخارج.

(ص): **(ولو اتَّفَقَا في النقب خاصة، فإن القطع على من أخرج)**

(ش)، أي: تعاونَا في النقب فقط، فإن تَوَلَّى أحدهما بعد ذلك الإخراج، قُطِعَ وحده؛ لأن الآخر لم يحصل منه إلا النقب فقط.

(ص): **(فلو ناوله الآخر خارجه، فالقطع على الدخل)**

(ش): لأن الداخل هو الذي أخرج المتاع من حرزه، وسواء أخذ في الحرز، أو

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٥٩٤/٢، والتاج والإكليل: ١٧٦/١٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٦٠٣/١، والذخيرة: ١٤٣/١٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير: ٣٣٥/٤، والقوانين الفقهية: ٢٣٦/١.

(٤) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/٤.

بعد خروجه.

(ص): **(فلو أدخل يده، ففي الداخل قولان)**

(ش): لا إشكال في قطع الخارج؛ لإخراجه المتاع من حرزه.

وفي الداخل قولان: قال ابن القاسم في "المدونة" وغيرها: لا يُقطع؛ لأن إعانته في الحرز. وقال أشهب: يُقطعان[١].

واختلف إذا ناول من هو أسفل الدار من هو في أعلاها، هل يُقطع الأسفل، واختار اللخمي عدم القطع.

(ص): **(كما لو ربطه بحبل فجذبه)**

(ش)، أي: فجذبه الخارج، ومذهب "المدونة": أنهما يُقطعان، ونقل اللخمي، عن مالك أنه يُقطع الخارج. اللخمي: والصواب في هذين السؤالين، يعني: في هذا والذي قبله، وفي الذي حمل على ظهر غيره، وما أشبه ذلك من كل معونة كانت داخل الحرز: لا قَطع عليه، وأن القطع على الخارج وحده[٢].

(ص): **(ولو التَقَيَا وسط النقب قُطِعَا)**

(ش): هكذا قال في "المدونة" إذا التقت أيديهما في المناولة وسط النقب أنهما يُقطعان[٣].

اللخمي: وكان الأصل على قول ابن القاسم: أن لا يُقطع الداخل؛ لأن معونته في الحرز والنقب من الحرز، ونحوه للتونسي.

(ص): **(فلو أخذ داخله بعد أن رمى المتاع خارجه تَوَقَّفَ فيها مالك، والمشهور يُقطع)**

(ش): عبر في "المدونة" بلفظ الشك، لا بلفظ التوقف، ولهذا يقال: إن مالكًا شَكَّ في "المدونة" في مسألتين: الأولَى هذه، والثانية: إذا حلف أن لا يكلمه الدهر، ففيها: ولو أُخذ في الحرز بعد أن ألقى المتاع خارجه، فقد شك فيه مالك بعد أن قال: يُقطع[٤].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/١٨٨، والذخيرة: ١٢/١٩٨، والشرح الكبير: ٤/٣٣٤.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ١٨/٤٤٢، وشرح خليل، للخرشي: ٢٣/٢٦٥.

(٣) انظر: منح الجليل: ٢٠/٢٩، وشرح مختصر خليل: ٨/٩٤.

(٤) انظر: منح الجليل: ٢٠/٢٩، وشرح مختصر خليل: ٨/٩٧.

ابن القاسم: وأنا أرى أن يُقطع.

ورَوَى عنه أشهب، وابن عبد الحكم القطع، وهو الذي في الجلاب، فلذلك شهره المصنف وهو الظاهر؛ لأنه قد أخرج المال من حرزه[١].

اللخمي: واختلف إذا رمى المسروق فوقع في نار، أو كان زجاجًا فتكسر، هل لا يُقطع، كما لو هلك في الحرز، أو يقطع. اللخمي: وهو أحسن[٢].

ونقل ابن يونس، عن عبد الملك: أنه إن قصد إتلافه، فلا قطع عليه، وما كان على غير هذا يرميه ليخرج فيأخذه، فإنه يُقطع هلك، أو بقي، وإن بقي هو في الحرز.

(ص): (**ولو ابتلع دُرَّةً وخرج، قُطِعَ**)

(ش): وكذلك الدينار ونحوه؛ لأن ابتلاعه ليس استهلاكًا له، بخلاف الطعام يأكله في الحرز وقيمته ربع دينار فأكثر، فلا يُقطع، لاستهلاكه في الحرز، وكذلك لو دَهَنَ رأسه ولحيته بدهن يساوي ربع دينار، ولا قطع عليه إلا أن يساوي بعد سلته ربع دينار، وكذلك الشاة يذبحها، ثم يخرجها تعتبر قيمتها بعد خروجها مذبوحة[٣].

(ص): (**ولو أشار إلى شاة بالعلف، فخرجت من الحرز، قولان**)

(ش): القطع لمالك، واختاره اللخمي، وابن رشد، وبه قال ابن القاسم وأشهب في "العُتْبِيَّة"، وبه قال عبد الملك؛ لأنه في معنى من دخل فأخرجها.

ونفى القطع لمالك في "العُتْبِيَّة"، واختاره ابن المواز، وأنكر الأول؛ لأنه لا يتحقق أنه المخرج لها، وفي معنى هذه المسألة من أشار إلى صبي، أو أعجمي[٤].

(ص): (**فلو حمل عبدًا غير مميز، أو خَدَعَهُ فأخذه، قُطِعَ بخلاف المميز**)

(ش): قال في "البيان": لا خلاف في الصبي الصغير الذي لا يعقل إذا دخل إليه، فأخرجه من حرز أنه يُقطع إذا كان عبدًا.

وقوله: (أو خَدَعَهُ): ظاهره أنه عائد على الصغير، والأعجمي مساوٍ له في ذلك، ففي "المدونة": وإن سرق عبدًا كبيرًا فصيحًا، لم يُقطع، وإن كان أعجميًّا، قُطِعَ، وكذلك

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/١٧١، والذخيرة: ١٢/١٤٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٦/٣٠٥، والذخيرة: ١٢/١٤١.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٢/١٤٣، والشرح الكبير: ٤/٣٣٥.

(٤) انظر التاج والإكليل: ١٢/١٧٧، والثمر الداني: ١/٦٠٤.

لو خدعه، أي: قال له مثلا: سيدك أرسلني إليك، وفي "المُوَّازِيَّة": لا يُقطع إذا خدعه[1].

ابن نافع: وإن راطنه بلسانه حتى خرج إليه طوعًا، لم يُقطع.

اللخمي: يريد إذا دعاه ليخرج إليه، ويذهب به فأطاعه، ولو غره، فقال: سيدك أرسلني، أو بعثني إليك لآتيه بك، لقُطع، وكذلك قال أبو عمران: إذا راطنه، فقال: إني اشتريتُك، قُطِعَ[2].

(ص): (**ولو أخذ اختلاسًا، أو مكابرةً على غير حِرابة، فلا يُقطع**)

(**ش**): هذا راجع إلى القيد الأخير، وهو الاستسرار. والمكابرة إذا كانت **على** غير وجه الحرابة راجعة إلى الغصب، والغاصب لا يُقطع.

(ص): (**ولو أُخذ في الحرز فهرب بما معه، لم يُقطع**)

(**ش**): وسواء علم أهل البيت بما سرقه أو لا، كما **لو** مُسِكَ السارق وقد كان اتزر بإزار، ثم هرب وهو عليه؛ لأنه لم يخرج به **على** وجه السَّرِقَة، وإنما خرج به **على** وجه الاختلاس[3].

(ص): (**ولو تركه وأحضر من يشهد، ولو شاء لمنعه، فثالثها قال مالك: إن شعر فهرب، لم يُقطع، وإلا قُطِعَ**)

(**ش**): نفي القطع لمالك، وابن القاسم، والقطع لأصبغ بناء على أنه اختلاس، أو سرقة، والثالث: ظاهر؛ لأن السارق إذا شعر وهرب، صار مختلسًا، وإذا لم يعلم، فقد أخذ المتاع مستسرًا لا يَعلم أن أحدًا يراه، لكن في نسبته لمالك نَظَرٌ، ولم أَرَهُ، وإنما نسبه ابن شاس لبعض المتأخرين، ولعله ابن يونس، فإن قال: إن رآهم السارق فَفَرَّ، فهو مختلس، وإن خرج من الدار ولم يرهم، فهو سارق يجب قطعه.

(ع): وهو التحقيق[4].

(ص): (**وأما غير المال، فَسَرِقَةُ الحُرِّ الصغير إذا أخرجه من حرز مثله، وقال فيه الفقهاء السبعة**)

(**ش**): المشهور ما ذكره بشرط أن لا يعقل - مثل الصغير - ما يُراد منه.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٧/١٦١، وشرح خليل: ٢٣/٢٥٣.

(٢) انظر: الاستذكار: ٧/٥٣٦، والذخيرة: ١٢/١٤٣.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٦٠٣، والذخيرة: ١٢/١٤٣.

(٤) انظر: بلغة السالك: ٣/٣٤٠، وحاشية الدسوقي: ٤/٢١٠.

ورَوَى الدارقطني أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ أُتِيَ برجل يسرق الصبيان، ثم يخرج بهم فيبيعهم في أرض أخرى، " فأمر به رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ فقُطِعَتْ يده"(١).

وقال: تَفَرَّدَ به عبد الله بن محمد بن يحيى، عن هشام، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها، وهو كثير الخطأ على هشام ضعيف الحديث.

وإذا وجب القطع لحفظ المال، فحفظ النسب أَوْلَى، ورَدَّ الأبهري قول من قال: إن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ إنما أوجب القطع في المال، فوجب أن لا يقطع إلا فيما له قيمة: بأن الحر له بدل وهو الدية، وقال عبد الملك من أصحابنا: لا يُقطع؛ لأنه ليس بمال، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد رضي الله تعالى عنهما.

الباجي: ومعنى الحرز هنا: أن يكون في دار أهله، رواه ابن وهب عن مالك.

محمد: وكذلك إذا كان معه من يخدمه.

واستشكل اللخمي كون الدار حرزًا له؛ لأنها لا يقصد بها حفظ، إلا أن يكون البلد يخشى فيها سرقة الأطفال، ويقصد بكونه في الدار حفظه.

(ص): (وهم سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد بن أبي بكر، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث، وخارجة بن زيد بن ثابت، وعبيد الله بن عتبة، وسليمان بن يسار رضي الله عنهم)

(ش): هكذا وقع في بعض النسخ.

فصل: في السارق

(ص): (وشرط السارق التكليف، فيُقطع الحر، والعبد، والذمي، والمعاهد، وإن كان المسروق لمثلهم، وإن لم يترافعوا إلينا)

(ش): لما فرغ من الركن الأول، وهو المسروق، شَرَعَ في الركن الثاني، وهو السارق، وشرط في مؤاخذته التكليف، والمراد به العقل، والبلوغ، فلهذا يُقطع الحر، والعبد، والذمي، والمعاهد؛ لأنهم مكلفون(٢).

---

(١) انظر: سنن الدارقطني: رقم (٣٤٢٦). قال الدارقطني: تَفَرَّدَ بِهِ عَبْدُ اللهِ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، وَهُوَ كَثِيرُ الْخَطَأِ عَلَى هِشَامٍ، ضَعِيفُ الْحَدِيثِ.

وقال ابن حزم في المحلى: فَلَيْسَ فِيهِ تَخْصِيصُ حُرٍّ مِنْ عَبْدٍ.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/١٤١، والتاج والإكليل: ١٢/٢٣٤.

وما ذكره في المعاهد: هو مذهب ابن القاسم. وقال أشهب: لا قطع عليه إن سرق، ولا على من سرق منه، فإن سرق، ثم جن، لم يُقطع حتى يفيق، وكذلك لو طرأ له سُكْرٌ.

وقال اللخمي: لو قُطِعَ في سكره، لكان له وجه، وليس القطع كالضرب؛ لأن المقصود في الضرب الألَم، والطافح لا يجد الألم، بخلاف القطع، فإنه يُقصد به النكال والعظة لغيره. وفيه نظر، فإن الألم أيضًا مقصود فيه.

وقوله: (وإن كان المسروق لمثلهم)، يعني: أن العبد يُقطع، وإن سرق لعبد، وكذلك الذمي، وكذلك المعاهد.

وفي بعض النسخ: (لمثلهما)، فيعود على المعاهد والذمي، وفي بعض النسخ: (منهما)، وهي بمعناها.

ولما كان قطع السارق من باب دفع الفساد في الأرض، لم يشترط في سرقة بعضهم من بعض المرافعة؛ لأن ذلك إنما يشترط في الأحكام[1].

فصل: في إثبات السَّرِقَة

(ص): (**وتَثْبُتُ بالإقرار وبالشهادة**)

(ش): أعاد حرف الجر، وهو الباء في قوله: (**وبالشهادة**)؛ ليفيد استقلال كل واحد منهما بالثبوت[2].

(ص): (**فإن رجع إلى شبهة، ثبت الغرم دون القطع، وفي غير شبهة روايتان**)

(ش): هذا كما تقدم في الإقرار بالزنى، واختلف فيمن أقر بتهديد على أقوال:

الأول: لا يُقطع، وهو مذهب "المدونة"، ففيها: ومن أقر بشيء من الحدود بوعيد، أو سجن، أو قيد، أو ضرب، أو قتل، وذلك كله إكراه، وإن تمادى على إقراره بعد زوال الإكراه، حُبِسَ حتى يُستبرأَ أمره، فإن تمادى على إقراره بعد أن أمن، أو أتى بما يعرف به صدقه، مثل أن يعين المسروق ونحوه، فإنه يُحَدُّ، وإلا لم يُحَد في قطع ولا غيره؛ لأن الذي كان من إقراره أول أمره قد انقطع، وهذا كأنه إقرار حادث، وإن أخرج السَّرِقَة، أو القتيل في حال التهديد، لم أقتله، ولم أقطعه حتى يقر بعد ذلك آمنًا.

---

(١) انظر: منح الجليل: ٨٨/٢٠، والأحكام السلطانية، للماوردي: ص ٢٢٨، والأحكام السلطانية، لأبي يعلى: ص ٢٦٨.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٤٠/١٢، والشرح الكبير: ٣٤٤/٤.

زاد اللخمي، عن ابن القاسم: إلا أن ينضاف إلى ذلك من إخباره ما يدل على صحة ذلك، مثل أن يقول: اجتريت، وفعلت كذا على صفة كذا، فيذكر من بساط الأمر وابتدائه وانتهائه ما يعلم أنه خارج عن إقرار المكره[1].

وقال مالك في "المُوَّازِيَّة": يُقطع إذا عين السَّرِقَة، إلا أن يقول: دفعها إليَّ فلان، وإنما أقررت لما أصابني من الألم، قال: ولو أخرج دنانير، لم يُقطع؛ لأنها لا تُعْرَفُ بعينها[2].

وقال أشهب: إذا أخرج السَّرِقَة، قطع، وإن كان بعد سجن وقيد ووعيد، وإن نزع لم يُقبل نزوعه، وأما إن لم يعين، فلا يحد أبدًا، وإن ثبت على إقراره؛ لأنه يخاف أن يعاد إلى مثل الأول.

وقال سحنون: إذا أقر في السجن، أو حبسه السلطان في حق، وكان من أهل العدل لزمه إقراره، قال: وليس من حُبِسَ في حق، أو باطل سواء[3].

فإن عددنا الزيادة التي زادها اللخمي عن ابن القاسم وفاقًا للأول، لم يكن في المسألة إلا أربعة أقوال، وإلا فهي خمسة، وإليه ذهب اللخمي وغيره.

(ص): **(ولو رَدَّ اليمين، فحلف الطالب، ثبت الغُرْمُ)**

(ش)، يعني: لو رد المدعى عليه السَّرِقَة اليمين التي توجهت عليه بسبب دعوى السَّرِقَة، فحلف المدعي، لزم المدعى عليه الغرم دون القطع.

ولم يبين المصنف الموضع الذي تجب فيه اليمين على المدعى عليه.

وفي "المدونة": ومن ادعى على رجل أنه سرق له، لم أُحلفه إلا أن يكون منهما متصفًا بذلك، فإنه يُحَلَّفُ ويُهَدَّدُ ويُسْجَنُ، وإلا لم يُعرض له، فإن كان من أهل الفضل، وممن لا يشار إليه بهذا، أُدِّبَ المُدَّعِي[4].

وذَكَرَ صاحب النُّكت عن بعض شيوخه أن المتهم بالسَّرِقَة ثلاثة أقسام: مبرز بالعدالة والفضل لا شيء عليه، ويؤدب له المدعي؛ ومتهم معروف بمثل هذا، فيحلف ويهدد ويسجن على قدر اجتهاد الحاكم؛ ومتوسط الحال بين هذين، فعليه

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٣٣٥/٤، والقوانين الفقهية: ٢٣٩/١.

(٢) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/٤.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٨٨/١٢، والذخيرة: ١٩٨/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٤/٤.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: ٤٤٢/١٨، وشرح خليل، للخرشي: ٢٦٥/٢٣.

اليمين فقط[١].

وقال ابن يونس في كتاب الغصب: لا يمين على المتوسط، قيل: وهو أظهر.

(ص): (**وإقرارُ العبد يُثْبِتُ القطع دون الغُرْم**)

(ش): لأن الحد حق لله، ولا يتهم العبد فيه، بخلاف المال، فإنه حق للسيد، ويتهم العبد في إخراجه عن السيد[٢].

(ص): (**والمُكَاتَبُ، والمُدَبَّرُ، وأم الولد كالعبد، ويُقطعون إذا عَيَّنوا السَّرِقَة**)

(ش): بعض القرويين: وكذلك إن لم يعينوا، وتمادوا على الإقرار.

ولعل المصنف رحمه الله تعالى أراد بالعبد ما هو أعم من القن.

وإن كذبهم السيد، وقال: بل ذلك متاعي، فالقول قول السيد مع يمينه، إلا في المكاتب، والعبد المأذون له[٣].

وما ذكره من إعمال قول العبد في القطع، اللخمي، هو المعروف[٤].

ولأشهب في "المُوَّازِيَّة": إذا أقر العبد بالقتل وعينه، وقال: هاهو ذا، وأنا قتلته، أنه لا يقبل قوله وإن عين، إلا أن يكون معه، أو يُرى يتبعه، ونحوه.

(ص): (**ويَثْبُتُ بشهادة رجلين، فإن كان برجل وامرأتين، أو بشاهد ويمين؛ ثبت الغُرم دون القطع**)

(ش): يحتمل أن يكون، قوله: (يَثْبُتُ): بالتاء، أي: السَّرِقَة، أو بالياء، أي: القطع، ولا تقبل الشهادة مجملة، بل لا بد أن يُسأل الشهود عن السَّرِقَة ما هي؟ ومن أين أخرجها؟ وإلى أين[٥]؟

وكلامه ظاهر؛ لأن المرأتين، أو الرجل واليمين، لا يقيدون في الحدود.

فصل: في موجب السَّرِقَة

(ص): (**ومُوجِبُهُ القَطع، ورَدُّ المال مع قيامه**)

(ش)، أي: وموجب الثبوت، وفي بعض النسخ: (وموجبها)، أي: السَّرِقَة.

---

(١) انظر: منح الجليل: ٢٩/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٤/٨.

(٢) انظر: منح الجليل: ٣٠٠/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٥/٨.

(٣) انظر: منح الجليل: ٢٩٠/٢٠، وشرح مختصر خليل: ٩٧/٨.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ١٧١/١٢، والذخيرة: ١٤٠/١٢.

(٥) انظر: منح الجليل: ٣١٥/٩، والثمر الداني: ٦٠٤/١.

وقوله: (القطع) بنص الآية الكريمة، وقوله: (ورد المال مع قيامه)، بالإجماع نقله صاحب " المقدمات"[١].

(ص): (فإن تَلَفَ وهو موسر من حين السَّرِقَة إلى حين القطع، غَرِمَهُ، وقال أشهب: إلى حين القيام، وإلا لم يَغْرَم، وقيل: يَغْرَم مُطلقًا)

(ش): وقوله: (فإن تلف)، أي: المال المسروق، والسارق متصل اليسار **من حين** السرقة **إلى حين القطع، غَرِمَهُ**، وإن كان عديمًا، أو أُعْدِمَ في بعض هذه المدة، سقط عنه الغُرم؛ لأنه لا يجتمع عليه عقوبتان: قطع يده، واتباع ذمته، بخلاف اليسار المتصل، فإنها كالقائمة، وليس ثَمَّ عقوبة ثانية[٢].

ورأي أشهب: أنه لا غُرْمَ عليه إلا أن يتمادى يسره بعد القطع إلى يوم يحكم عليه بالقيمة، فلو كان متصل اليسار إلى القطع، ثم أعسر بعده، وقبل الحكم؛ لم يَغرم.

وقوله: (وإلا لم يَغْرَم)، يعني: وإن لم يتصل اليسار إلى حين القطع على قول ابن القاسم، ولا إلى حين القيام على قول أشهب، لم يَغْرَم.

وقوله: وقيل: يَغْرَمُ مُطْلَقًا، أي: اتصل يساره أم لا؛ لأن القطع حق الله تعالى، والغرم حق لآدمي، فلا يسقط أحدهما الآخر، وهو مذهب الشافعي وأحمد.

عبد الوهاب: قال بعض شيوخنا: والقيمة مع القطع استحسانٌ، والقياس لا يلزمه شيء؛ لأنه لو لَزِمَهُ مع اليُسر لَلَزِمَهُ مع العُسْر، وإنما استحسن ذلك لجواز أن يكون أخذ لها ثمنًا واختلط بماله، وبهذا القياس قال أبو حنيفة، وله ما خرجه النسائي، عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ، قال: "لا يُغَرَّمُ السارق إذا أُقيم عليه الحد"[٣]. أبو عمر: إلا أنه حديث ليس بالقوي.

فروع

الأول: اعتبار اتصال اليُسر لو سرق لجماعة واتصل يسره، لتحاصّ الجميع فيما

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٢/١٦٥.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٦٠٣، والذخيرة: ١٢/١٤٣.

(٣) أخرجه الدارقطني: رقم (٣٣٦٤) وقال: قِصَّةَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ فِي السَّارِقِ قَالَ أَبُو صَالِحٍ: قُلْتُ لِلْمُفَضَّلِ بْنِ فَضَالَةَ: يَا أَبَا مُعَاوِيَةَ إِنَّمَا هُوَ سَعْدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، فَقَالَ: هَكَذَا حَدَّثَنِي، أَوْ، قَالَ: فِي كِتَابِي سَعِيدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ مَجْهُولٌ، وَالْمِسْوَرُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ لَمْ يُدْرِكْ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ، وَإِنْ صَحَّ إِسْنَادُهُ كَانَ مُرْسَلا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

بيده، وإن تخلل ذلك عُسْرٌ، سَقَطَ حَقُّ من سُرِقَ مَالُهُ قبل العُسر[١].

الثاني: لو لم يقم للطالب إلا شاهد واحد، وقال: سرقت من حرز، وقال السارق: بل من غيره، أو ذهبت يمين السارق بأمر من الله تعالى، فقال ابن القاسم: يضمن السَّرِقَة ضمان الغاصب، وقال أشهب: يضمنها على ما تقدم[٢].

اللخمي: وكذلك لو اعْتَرَفَ أنه سَرَقَ من حرز، ثم رجع، وسقط عنه الحد، فيها القولان، وأما إن كانت السَّرِقَة من غير حرز، وكانت أقل من ربع دينار، لاتبع بها في الإعسار باتفاق[٣].

الثالث: لو باع السارق السَّرِقَة فاستهلكها المشتري، فإن أجاز ربها البيع، لم يتبع السارق بالثمن إلا أن يتصل يسره، كما تقدم، وإن لم يجزه وأخذ قيمة المبيع من المشتري، كالإستحقاق، فللمشتري أن يرجع على السارق، فإن كان المشتري عديمًا، رجع ربها على السارق؛ لأنه غريم غريمه، ولو كانت القيمة التي لزمت المشتري أقل من الثمن الأول الذي باع به السارق أخذ المسروق منه القيمة، وكان الفاضل للمشتري يتبعه هو به، وإن كانت القيمة أكثر من الثمن، أخذ منه الثمن؛ لأنه الذي لغريمه عنده، واتبع المشتري بفاضل القيمة.

(ص): **(وتُقْطَعُ اليُمْنَى من الكوع، وتُحْسَمُ بالنار، ثم رجله اليُسْرَى، ثم يده اليُسْرَى، ثم رجله اليُمْنَى، ثم يُعْزَرُ ويُحْبَسُ)**

(ش): الإجماع على قطع اليُمْنَى أولا، وحسمت بالنار خوف الهلاك، وكلامه ظاهر[٤].

وذكر المصنف رحمه الله تعالى أنه في الخامسة يُعْزَرُ، ويُحْبَسُ، وهو المشهور.

وقال أبو مصعب: يُقْتَلُ، ورَوَى النسائي حديثًا، كقوله: إلا أنه ضعفه، وقال: لا أعلم في ذلك حديثًا صحيحًا[٥].

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٣٣٥/٤، والقوانين الفقهية: ٢٤٠/١.

(٢) انظر: بلغة السالك: ٣٤٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢١٠/٤.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٨٨/١٢، والذخيرة: ١٩٨/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٤/٤.

(٤) انظر: الشرح الكبير: ٤٢٠/٣، وحاشية الدسوقي: ٢٨١/١٤.

(٥) انظر: شرح خليل، للخرشي: ٢٥٠/١٨، وحاشية الدسوقي ١٨٩/٢، ونهاية المحتاج: ١١٩/٨،٧٣، والأحكام السلطانية، للماوردي: ١٣٧ - ١٣٨.

(ص): (**ولو كانت شَلاء، أو ناقصة الأصابع، أو أكثرها فكالعدم، فَيَنْتَقِلُ، وقيل: إن سَقَطَ الانتفاع**)

(ش)، أي: لو كانت اليمين شلاء، أو ناقصة، وجمع المصنف رحمه الله تعالى مسألتين، وأجاب عنهما بقوله: (بأنها كالعدم)، أي: فلا تُقطع، وينتقل إلى غيرها.

وفهم من قوله: (أو أكثرها)، وهو ثلاثة أصابع: أنها لو كانت ناقصة الأقل لقُطِعَتْ، وهو صادق على صورتين إذا نقصت أصبعًا، أو أصبعين.

والمنقول في الأصبع القطع، واختلف قول مالك في الإصبعين[1].

وقوله: (وقيل: إن سقط الانتفاع) خاص باليد الشلاء، وهو لابن وهب؛ لأنه قال في "مختصر ما ليس في المختصر": تقطع اليد الشلاء إن كان ينتفع بها.

وعن أبي مصعب: تُقطع اليد الشلاء مطلقًا[2].

(ص): (**وعلى الانتقال، فقيل: يَدُهُ اليُسْرَى، وقيل: رِجْلُهُ اليُسْرَى**)

(ش)، أي: وإذا فرعنا على الانتقال وفي معنى ذلك: إذا سرق ولا يمين له، والقولان في "المدونة": قال: أَوَّلا تُقطع رجله اليُسْرَى، ثم أَمَرَ بمحوه، وقال: أقطع يَدُهُ اليُسْرَى.

ابن القاسم: وأراه تَأَوَّلَ قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنَ اللهِ وَاللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨]، وبالأول آخذ.

وعَارَضَ اللخمي ما أخذ به ابن القاسم هنا بقوله في "المُوَّازِيَّة": إذا قُطعت اليُمْنَى في قصاص، أو غيره أنه تُقطع اليد اليُسْرَى، قال: وقال أشهب، يعني: في مسألة القصاص: تُقطع الرِّجْلُ اليُسْرَى، والأول أَبْيَنُ؛ لأن اليد هي الجانية، وهي إحدى ممحوات "المدونة" الأربع[3].

(ص): (**ولو قطع الجلاد، أو الإمام اليُسْرَى عمدًا، فله القَصَاصُ، والحَدُّ باقٍ. وخَطَأً يُجْزِئُ، وقال ابن الماجشون: له عَقْلُهَا، والحَدُّ بَاقٍ**)

(ش)، يعني: إذا كان الحكم قطع اليُمْنَى، فأمر الإمام بقطع اليُسْرَى متعمدًا مع علمه بأن سُنَّةَ القطع في اليُمْنَى، أو قطعها الجلاد أيضا متعمدًا؛ لم يقع القطع عن

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٧١/١٢، والذخيرة: ١٤٠/١٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٠٥/٦، والذخيرة: ١٤١/١٢.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير: ٣٣٥/٤.

السَّرِقَة وتُقطع اليُمْنَى، ويكون له أن يقتص منهما، وإن كان خطأ، فقال مالك: تجزئ، ولا تُقطع يمينه، ولا شيء على الإمام، والجلاد[١].

وقال ابن الماجشون: لا تجزئ، وقال: وليس خطأ الإمام بالذي يزيل القطع عن العضو الذي أوجب الله فيه القطع، ويكون عقل الشمال في مال السلطان خاصة إن كان هو المخطئ، أو في مال القاطع دون عاقلته إن كان هو المخطئ، قال: وإليه رجع مالك. وهو أقرب؛ لأن تقدم اليمين على اليسار إن كان واجبًا، فقد تَمَّ المطلوب، وإن كان مستحبًّا لَزِمَ الإجزاء في مسألة العمد[٢].

ولو تعمد ذلك السارق، فدلس على الإمام، أو الجلاد؛ ففي "المُوَّازِيَّة": يجزئ.

اللخمي: وعلى ما في "الواضحة": لا يجزئه.

(ص): **(وعلى الإجزاء لو عاد، قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليُمْنَى عند ابن القاسم، واليُسْرَى عند ابن نافع)**

(ش)، أي: وإذا فرعنا على القول الأول، فلو سرق ثانيًا، فقال ابن القاسم في "المدونة": تقطع رجله اليُمْنَى؛ لطلب المخالفة؛ لأن سُنَّةَ القطع الخلاف.

وقال ابن نافع: تُقْطَعُ رجله اليُسْرَى؛ لأن قطع اليد اليُسْرَى أولا كان على وجه الخطأ، فلا نتعمد موافقته[٣].

(ص): **(ولو سقطت اليُمْنَى بآفة، سَقَطَ الحَدُّ)**

(ش): إذا ذهبت اليُمْنَى بأمر من الله تعالى، زاد اللخمي: أو تعمد من إنسان، فقال مالك وغيره: لا يُقطع منه شيء؛ لأن القطع قد كان وجب فيها[٤].

اللخمي: وعلى قياس قوله: أن الشمال تجزئه، يجب أن لا يسقط عنه القطع، وتُقطع شماله، أو رجله، وكما لو أخطأ الإمام فقطع رجله اليُسْرَى مع وجود اليُمْنَى، فإنها لا تجزئه[٥].

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٣/٣٤٠، وحاشية الدسوقي: ٤/٢١٠.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٥٩٤، والتاج والإكليل: ١٢/١٧٦، والثمر الداني: ١/٦٠٣.

(٣) انظر: بلغة السالك: ٣/٣٤٠، وحاشية الدسوقي: ١٤/٢١٠.

(٤) انظر التاج والإكليل: ١٢/١٧٧، والثمر الداني: ١/٦٠٤.

(٥) انظر: البحر الرائق: ٥/٦٨، وبدائع الصنائع: ٧/٨١، وشرح منتهى الإرادات ٣ / ٣٧٢، وكشاف القناع ٦/١١٨.

(ص): (وما تَكَرَّرَ من السَّرِقَة قبل الحد، فكَمَرَّةٍ كتَكْرَارِ الزنى والشرب والقذف)

(ش): احترز بقوله: (قبل الحد) مما لو تكرر بعده، فيجب تكراره كما تقدم، وسواء كان من مالك واحد، أو متعدد.

وقوله: (فَكَمَرَّة)، أي: فلا يُقطع له إلا عضو واحد.

أبو عمر: ولا أعلم فيه خلافًا، ثم قاس ذلك على تَكَرُّرِ الزنى والشرب والقذف، وفُهِمَ منه أيضًا الحكم في المسائل[١].

فصل: في تداخل الحدود وسقوطها

(ص): (وتتداخل الحدود المتحدة وإن تعدد موجبها، كحد الشرب والقذف، بخلاف الزنى والقذف، والشرب)

(ش): قوله: (وإن تعدد مُوجِبُهَا) بكسر الجيم، أي: سببها، كحد الشرب والقذف.

وحاصله: أنه إن اتحد الحد اتحد، ولا التفات إلى تعدد السبب، وإن اختلف الحد تعدد، كحد الزنى مع القذف، أو مع الشرب[٢].

وخَرَّجَ اللخمي تعدد الحد في القذف والشرب من أحد القولين إذا قذف جماعة.

(ع): وهو تخريج صحيح.

(خ): وقد يُقال: إنما قيل بالتعدد في القذف؛ لما يلحق كل واحد من المعرة، بخلافه هنا[٣].

ونُقِلَ عن عبد الملك: أنه إذا زنى وشرب وقذف، يحد مائة، ويدخل القذف والشرب في الزنى[٤].

(ص): (ويأتي القتل على حد الشرب والزنى وقطع اليد، ولا يأتي على حد القذف)

(ش)، يعني: إذا لزمه قتل وحدود، فالقتل يأتي على ذلك كله إلا القذف، فإنه يُحَدُّ له أَوَّلا، ثم يُقْتَلُ؛ لِعَارِ المقذوف إن لم يُحَدّ له[٥].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٢/٢٥٤، وشرح منتهى الإرادات: ٣ / ٣٦٤.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٥٩٤، والتاج والإكليل: ١٢/١٧٦، والثمر الداني: ١/٦٠٣.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٢/١٤٣، والشرح الكبير: ٤/٣٣٥.

(٤) انظر: الذخيرة: ١٢/١٤٣، والشرح الكبير: ٤/٣٣٥.

(٥) انظر التاج والإكليل: ١٢/١٧٧، والثمر الداني: ١/٦٠٤.

(ص): **(ولا تسقط الحدود بالتوبة، ولا بالعدالة، ولا بطول الزمان معهما)**

(ش): هذا مخصوص بما سيذكره في الحرابة حيث قال: تسقط الحرابة بالتوبة قبل الظفر لا بعده[1].

لا يُقال: الحد لم يثبت في الحرابة حتى يسقط، فلا يحتاج إلى استثنائه؛ لأنا نقول الحرابة: هي سبب وجوب الحد، وقد وُجِدَ، ويدل على ما ذكره المُصَنِّف رحمه الله تعالى حَدِيثُ الغامدية، فإن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ " أخبر عن توبتها، وأقام الحد عليها".

باب الحِرَابَة

(ص): **(الحِرَابَة: كل فِعْل يُقْصَدُ به أخذ المال على وجهٍ تتعذر الاستغاثة عادة من رَجُلٍ أو امرأةٍ، أو حُرٍّ أو عَبْدٍ، أو مسلم، أو ذمي، أو مستأمن)**

(ش): عَبَّرَ بالحِرَابة إشارة إلى أن الأصل هنا الآية الكريمة، وهي قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣]، وهذا مذهب المحققين: أن الآية الكريمة محمولة على هذه الجناية، وقيل: نزلت في المشركين الحربيين، وقيل: في قوم كان بينهم وبين النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ عهد فنقضوه، وقيل: في العُرَنيين الذين ارتدوا في زمنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ[2].

والصحيح الأول، ولو كان المقصود الكفار، ما شَرَطَ في توبتهم كونها قبل القدرة عليهم، والمرتد ليس حده القطع، أو النفي.

وقوله: (كُلّ... إلى آخره) ليس هو حَدًّا ولا رَسْمًا؛ لأن الحد للماهية من حيث

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ١٦١/٧، وشرح خليل: ٢٥٣/٢٣.

(٢) أخرجه البخاري، رقم (٥٦٨٥) عن أنس بن مالك رضي الله عنه أَنَّ نَاسًا كَانَ بِهِمْ سَقَمٌ، قَالُوا: "يَا رَسُولَ اللهِ آوِنَا وَأَطْعِمْنَا فَلَمَّا صَحُّوا، قَالُوا: إِنَّ الْمَدِينَةَ وَخِمَةٌ، فَأَنْزَلَهُمُ الْحَرَّةَ فِي ذَوْدٍ لَهُ، فَقَالَ: اشْرَبُوا أَلْبَانَهَا، فَلَمَّا صَحُّوا قَتَلُوا رَاعِيَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، وَاسْتَاقُوا ذَوْدَهُ، فَبَعَثَ فِي آثَارِهِمْ فَقَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ وَسَمَرَ أَعْيُنَهُمْ، فَرَأَيْتُ الرَّجُلَ مِنْهُمْ يَكْدِمُ الأَرْضَ بِلِسَانِهِ حَتَّى يَمُوتَ، قَالَ سَلامٌ: فَبَلَغَنِي أَنَّ الْحَجَّاجَ، قَالَ لأَنَسٍ: حَدِّثْنِي بِأَشَدِّ عُقُوبَةٍ عَاقَبَهُ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم، فَحَدَّثَهُ بِهَذَا فَبَلَغَ الْحَسَنَ، فَقَالَ: وَدِدْتُ أَنَّهُ لَمْ يُحَدِّثْهُ بِهَذَا "

هي، ولفظه كل فيها تعرض للأفراد.

وقوله: (تتعذر الاستغاثة)، أي: معه، والكلية يلزم اطرادها لا انعكاسها، لكن يرد عليها غصب من لا يقدر على دفعه من سلطان، أو غيره، وأيضًا فليس شرط الحرابة قصد أخذ المال، فقد قال ابن القاسم فيمن منع قومًا يخرجون إلى الشام، أو مصر، أو مكة شرفها الله: أنه محارب[1].

ويجاب عن الأول: بأن الغاصب ولو كان سلطانًا، لا تتعذر الاستغاثة عليه، فإن العلماء أهل الحل والعقد يأخذون عليه؛ وعن الثاني: بأنه تكلم على الغالب، على أنه سيتكلم على ذلك بقوله: (ومُخيفها... إلى آخره)[2].

والغِيلَةُ: تدخل تحت هذه الكلية؛ لأن حقيقتها أن يخدع غيره ليدخله موضعًا ويأخذ ما معه، ولا يقال: قوله: (تتعذر معه الاستغاثة)، ليس بجيد، فإن المسلوب يستغيث، وَجَدَ مُغِيثًا، أو لم يجد، فكان ينبغي أن يقول: تتعذر معه الإغاثة؛ لأن استغاثة المعدوم ومن لا تنفع إغاثته كالمعدوم.

وقوله: (من رجل أو امرأة)، صفة لفعل، أي: فعل كائن من رجل، أو امرأة.

ونبه بقوله: (أو ذمي، أو مستأمن) على من قال: إنها لا تكون إلا بين المسلمين، والله أعلم.

فصل: في صفة المحاربين

(ص): (ومُخيفها وإن لم يَقْتُل، وإن لم يَأْخُذ مالا، والمأخوذ بحضرة الخروج كذلك، وإن لم يخف السبيل)

(ش)، أي: ومخيف الطريق؛ لأنها تُفهم من السياق، و(إن) في كلامه في الموضعين للمبالغة، وكررها ليفيد أن المبالغة في كل واحد منهما على الاستقلال؛ إذ لو قال: وإن لم يَقتل، ولم يأخذ مالا؛ لأفاد ترتيب الحكم على المجموع، ولا يلزم منه ترتيبه على كل من الجزئين[3].

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٥٠، والكافي: ٢/١٠٩٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٢٩٣، وشرح خليل، للخرشي: ٢٣/٣١٨.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٤٤، والذخيرة: ١٢/١٣٣.

قال ابن شاس: كل من قطع الطريق وأخاف الناس فهو محارب، وكذلك من حمل عليهم السلاح بغير عداوة ولا ثائرة فهو محارب.

ومعنى كلامه: أن مطلق إخافة الطريق موجب؛ لكونه محاربًا، سواء قَتَلَ أم لا، سواء أخذ مالا أم لا، وكذلك أيضًا المأخوذ بحضرة الخروج، وإن لم يخف الطريق.

وهذا مذهب "المدونة"، ففيها على اختصار ابن يونس، وكذلك إن لم يخف، وأخذ مكانه قبل أن يتفاقم أمره، أو خرج بعصًا، أو أخذ مكانه، فهو مخير فيه، وله أن يأخذ في هذا بأيسر الحكم، وذلك النفي، والضرب، والسجن.

أبو الحسن: وظاهرها أنه مخير فيمن أخذ بالحضرة، وإن لم تحصل منه الإخافة، وقال بعض القرويين: لا يجوز للإمام قتله إذا خرج ولم تحصل منه الإخافة، وكذلك قال اللخمي: إن أخذ قبل الإخافة، لا يَجْرِي عليه شيء من أحكام المحارب، وإنما يعاقب، قال: وهو بمنزلة من خرج ليسرق أو يزني، ولم يفعل، واستدل على ذلك بما لمالك في "الموازية" في رجل خرج بسيفه قاصدًا لقتل رجل أنه لا يُقتل ولا يُقطع.

وكلام اللخمي ظاهر في المعنى، إلا أن النص على خلافه، كما تقدم، وفي بعض النسخ: (وإن لم يخف القتل)، والمعنى ظاهر، وهو أنه لا يشترط في المحارب أن يخيف القتل، بل مطلق الإخافة، وفي بعض النسخ (وإن لم يجب القتل)، يعني: أن المأخوذ بحضرة الخروج محارب، وليس للإمام قتله، وهو يأتي على قول بعض القرويين، واللخمي، كما تقدم[1].

(ص): (فَقَاطِعُ الطريق على المسلم والذمي مُحَارِبٌ)

(ش): لأن الذمي معصوم المال كالمسلم، وعطفه بالفاء لترتبه على ما قبله.

(ص): (ومُشْهِرُ السلاح لذلك محارب، وإن كان منفردًا في مدينة)

(ش): لذلك، أي: لأخذ المال، وقوله: (وإن كان)، أي: المُحَارِب واحدًا في مدينة، وهذا قول ابن القاسم.

وقال ابن الماجشون: لا يكون محاربًا في القرية إلا أن يؤذي بذلك القرية كلها، فأما المختفي في القرية لا يؤذى إلا الواحد والمستضعف، فلا[2].

(ص): (والذي يَسْقِي السَّيْكَرَان لذلك مُحَارِبٌ)

(ش): قوله: (لذلك)، أي: لأخذ المال ونحوه في "المدونة".

عياض: وظاهر " المُوَّازِيَّة": أنه إنما يكون محاربة إذا كان ما سَقَاهُ يموت منه،

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٥٠، والكافي: ٢/١٠٩٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٢٩٣، وشرح خليل، للخرشي: ٢٣/٣١٨.

ولعله يريد ما نقله اللخمي عنها: في رجل أطعم قومًا سويقًا، وأخذ متاعهم، فمات بعضهم، ولُبِطَ بعضهم، فلم يفيقوا إلى الغد، فقال الفاعل: ما أردت قتلهم، إنما أعطانيه رجل، وقال: إنه يُسكر، فأردت إخدارهم وأخذ أموالهم؛ لا يُقبل قوله، ويُقتل[١].

ولو قال: ما أردت إخدارهم، ولا أخذ أموالهم، وإنما هو سويق لا شيء فيه، إلا أنه أخذ أموالهم حين ماتوا، فلا شيء عليه إلا الغُرْم. وفي "العتبية" نحوه.

لكن إن أراد عياض هذا، ففيه نظر؛ لأن الذي يؤخذ من كلامه في "الموازية" أن الحرابة مرتبة على قصد الإسكار، وأخذ المال، لا على قصد الموت.

(ص): **(والسارق في الليل، أو في النهار في دار، أو زُقَاق مُكَابَرَةً يَمْنَعُ الاستغاثة، مُحَارِبٌ)**

(ش): لأنه لما كابر على وجه يمنع الاستغاثة، كان مُحَارِبًا؛ لأن السَّرِقَة هي الأخذ خُفْيَة[٢].

ولو أخذ السارق المال، فلما نوزع فيه، قاتل حتى خرج به، فنص اللخمي وغيره على أنه سارق؛ لأن قتاله حينئذ ليدفع عن نفسه.

اللخمي: وإن علم به قبل أن يأخذ المتاع، فقاتل حتى أخذه، فهو محارب عند مالك، وليس بمحارب عند عبد الملك.

وأما الغاصب يَقْتُلُ المغصوب منه بإثر الغصب خشية أن يطلبه، فقال اللخمي: ليست بحرابة، وإنما هي غِيلة.

(ع): وفي كونها غيلة نَظَرٌ، فقد قال مالك: فيمن لقي رجلا، فسأله طعامًا فَأَبَى، فأخذه وكتفه، ونزع منه الطعام، وأخذ ثيابه، فقال: هذا يشبه المُحَارِب، إلا أن حكمه الضرب والنفي، وكذلك الذي توجد معه الدابة، فيقر أنه وجد عليها رجلا، فأنزله عنها وأخذها، فإنه يُضرب ويُنْفَى، وقال في الذي يجد الرجل في السَّحَر، وعند العتمة، فينزع عنه ثيابه، فإنه لا يقطع، إلا أن يكون لِصًا، أو مُحَارِبًا.

قال: والذي يلقى الرجل في الليل، فيُكَابره على ثوبه حتى يزيله عنه، فإنه لا يُقطع أيضا. قال: وإنما المُحَارِبُ مَنْ حمل على غير ثَائِرة، ولا عداوة، فَأَخَافَ السبيل،

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٤٤، والذخيرة: ١٢/١٣٣.

(٢) انظر: البهجة: ٢/٤٥٢، والكافي: ٢/١٠٩٦.

وأَضَرَّ بالمسلمين[1].

(ص): **(ومُخَادِعُ الصَّبِي حتى أدخله موضعًا، فيأخذ ما معه مُحَارِبٌ)**

(ش): لأنه أخذ ما معه على وجه يتعذر معه الاستغاثة، ومخادعة الصغير كمخادعة الكبير، وقد تقدم أن الغيلة تدخل في الحرابة.

فصل: في حكم قتال المحاربين

(ص): **(ويجوز قتالهم باتفاقٍ، وفي دُعَائه إلى التقوى قبله إن أمكن قولان)**

(ش): هكذا نقل ابن المواز اتفاق مالك وأصحابه على جواز القتال.

وفي "المدونة": وجهاد المحاربين جهاد، وفي "العُتْبِيَّة": من أفضل الجهاد، وأعظمه أجرًا.

ولمالك رحمه الله تعالى في أعراب قَطَعُوا الطريق: جهادهم أَحَبُّ إِلَيَّ من جهاد الروم. (ع): وظاهر قول أهل المذهب أنه لا مزية له على جهاد الكفار.

وقال ابن شعبان: جهاد المحاربين أفضل من جهاد الكفار.

قوله: (**وفي دعائه**) المشهور أنهم يدعون.

مالك في "المُوَّازِيَّة": ويناشده الله تعالى ثلاثًا. وقال عبد الملك وسحنون: لا يدعوه، وليبادر لقتله.

ولا إشكال في سقوط الدعوة إذا عاجلونا، وعن ذلك احترز المصنف بقوله: (**إن أمكن**).

مالك: وإن طلبوا مثل الطعام، والثوب، وما خف، فليعطوه ولا يقاتلوا. وقال سحنون: لا يُعطون شيئًا وإن قَلَّ.

(ع): وينبغي قصر هذا الخلاف على ما إذا طلبوه من الرفاق المارة بهم، ولو طلبوه من الوالي لم يجز أن يجيبهم إليه؛ لأن فيه وَهْنًا على المسلمين.

فصل: في موجب الحِرَابة

(ص): **(ومَوْجَبُهَا إما القَتْلُ، أو الصَّلْبُ، ثم القَتْلُ مصلوبًا، أو قطع الأيدي والأرجل من خلاف موالاة، أو النفي)**

(ش): قوله: (**ومَوْجَبُهَا**) بفتح الجيم، أي: الذي توجبه الحرابة أحد أمور أربعة،

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٢٩٥/٨، وشرح خليل، للخرشي: ٣١٩/٢٣.

للآية الكريمة، والصلب مختص بالرَّجُل، نَصَّ عليه اللخمي، وكذلك النفي[١].

اللخمي: واختلف عن مالك في العقوبات الأربع التي ذكرها الله تعالى، هل هي على التخبير في المحارِب الواحد يوقع به الإمام أيها شاء؟ أو هي على الترتيب، وعلى قدر جرم المحارب؟ فقيل: إذا أخذ ولم يخف، ولا قتل ولا أخذ مالا؛ يُؤَاخَذُ بأيسره، ابن القاسم: وأيسره أن يضربه وينفيه، وإن كان قد أخاف ولم يأخذ مالا، أو أخذ المال ولم يخف، أو جمع أخذ المال والإخافة؛ كان فيه بالخيار بين القطع والقتل، ولا يؤاخذ بأيسره، وإن كان قد طال زمانه، وعلا أمره، وأخذ المال، إلا أنه لم يقتل، فإنه يقتله، ولا تخيير له فيه. ورَوَى عنه ابن وهب: أن الإمام مخير، وإن قَتَلَ النَاسَ، وعَظُمَ فساده.

وقال عياض: اختلف تأويل الأشياخ على مذهب الكتاب إذا طالت إخافته، وعظم شره، ولم يَقتل، فأكثرهم يرون أن الإمام فيه مخير بما شاء، لكن لا يستحبون له النفي، وعليه اختصر أكثرهم، وتأول بعض الأندلسيين أن حكم هذا حكم الذي قَتَلَ لا بد مِنْ قَتْلِهِ، وصُحِّحَ الأول، وحَكَى الماوردي عن مالك خلاف مذهبه: أن العقوبات عنده على الترتيب بحسب اختلاف صفاته، فيقتله بكل حال إذا كان ذا رأي وتدبير، ويقطعه إذا كان ذا بطش، وإن كان على خلاف ذلك عزره وحبسه، فجعل ما استحسن مالك مع إباحة التخيير مستحقًّا مرتبًا، ولا يقوله: مالك ولا أصحابه. انتهى، فانظره مع حكاية اللخمي الخلاف.

(ع): والأحسن على هذا أن يُقَال: إن (أو) للتفصيل[٢].

وقوله: (الصَّلْبُ، ثم القتل)، يعني: لا يكفي الصلب وحده، بل لا بد بعده من القتل.

اللخمي: وظاهر القرآن أن الصلب حد قائم بنفسه كالنفي، والمذهب أنه يضاف إلى القتل، ووقع لمالك في بعض المواضع أنه قال: يُقتل، أو يُصلب، أو يُقطع، أو يُنفى مثل ظاهر القرآن.

وفُهِمَ من قول المصنف تقديم الصلب على القتل، وعلى هذا فقوله:

(ص): **(ويُقَدَّمُ الصَّلْبُ عند ابن القاسم، ويُؤَخَّرُ عند أشهب)**

(ش): إنما أتى به؛ لِيُبَيِّنَ قول أشهب، على أن أشهب لم يوجب تقديم الصلب،

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٧٧، وحاشية الدسوقي: ٣/٣٧٨.

(٢) انظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل: ٨ / ٧، وجواهر الإكليل: ٢/ ١٥٥.

ونصه في "النوادر": إنما يُقْتَلُ، ثم يُصْلَبُ، ولو صلبه ثم قتله مصلوبًا، فذلك له.

اللخمي: ويُقتل على الوجه المعتاد، والمعروف بالسيف والرمح، ولا يُقتل على صفة تعذب، ولا بحجارة، ولا يُرْمَى من شيء عالٍ، وإن رأى صَلْبَهُ، صَلَبَهُ قائمًا، ولا يصلبه منكوسًا، وينبغي أن تطلق يداه؛ لأن في ذلك بعض الراحة إلى أن يموت، فإن لم تطلق، فلا بأس(١).

وهل يُصَلَّى عليه أم لا؟ أما على مذهب من يرى أنه يُقتل، ثم يُصلب، فَيُصَلَّى عليه قبل الصلب.

واختلف في الصلاة عليه على مذهب من يرى أنه يُقتل على الخشبة، فقال ابن الماجشون في "الواضحة": لا ينزل من الخشبة حتى تأكله الكلاب والسباع، ولا يترك أحد من أهله ولا من غيرهم ينزله ليدفنه، ولا ليُصَلَّى عليه(٢).

وقال أصبغ: لا بأس أن يخلى بينه وبين أهله يغسلونه، ويصلون عليه، ويدفنونه.

ولابن الماجشون " في الثمانية": يصف خلف الخشبة، ويُصَلَّى عليه وهو مصلوب، خلاف ظاهر قوله في "الواضحة".

وقال سحنون: إذا قُتِلَ على الخشبة، أُنْزِلَ عنها وصُلِّيَ عليه.

واختلف قوله: هل يُعَاد إليها ليرتدع بذلك أهل الفساد أم لا؟ على قولين، هكذا نقل عنه صاحب " المقدمات"، ونقل (ع) عنه أنه اختلف قوله: إذا مات هل يُنزل من ساعته، ويُدفع إلى أهله للصلاة عليه، والدفن، وإذا صلوا عليه يعيده الإمام إلى الخشبة اليومين، والثلاثة، ليردع به أهل الفساد، فانظره.

محمد: وإذا حبسه الإمام ليقتله، ثم مات في الحبس، لم يصلبه بعد موته، ولو قتله إنسان في الحبس، فإن الإمام يصلبه.

(ص): **(وأما النفي فللحُرِّ، لا للعبد، كما ذُكِرَ في الزنى إلى أن تَظْهَرَ توبته، وقيل: يُحْبَسُ ببلده، وقيل: النفي طلبهم إلى أن يُقْتَلُوا أو يُقَطَّعُوا)**

(ش): (فللحر)، أي: للحر الذكر، لا للعبد، وهذا على القول بأن النفي إخراجه إلى بلد آخر، وأما على القول بأنه حبسه بمكانه، فيُحْبَسُ، وكذلك المرأة، وقاله اللخمي، قال: ولو قال سيد العبد: أنا أرضى أن يُنفى ولا يُقطع، وأن يكون على أحكام الأحرار،

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٧٨/٣، والتاج والإكليل: ٣١٩/٦.

(٢) انظر: شرح مختصر خليل: ١٣١/٦، والتاج والإكليل: ٣٢٠/٦.

فذلك له، وكذلك أرى في المرأة إذا قالت: أنا أَخْرُجُ إلى بلد آخر أسجن فيه حتى تظهر توبتي، ووجدت رفقة ثقة، أن يكون ذلك لها؛ لأنه أهون عليها من القطع من خلاف، ومن القتل(١).

وقوله: (كما ذُكِرَ في الزنى)، أي: في المسافة، ولزوم الأجرة. ابن القاسم، ورواه عن مالك.

وأقل البلد المنفي إليه ما تقصر فيه الصلاة، ثم بين أن الغاية هنا ليست كالزنى، بل يحبس هنا حتى تظهر توبته.

اللخمي: ولا يَكْفِي في ظهور توبته مجرد ظاهره؛ لأنه كالمُكْرَهِ، لكونه في السجن، فهو يُظْهِرُ التوبة والنسك والخير؛ ليخلص مما هو فيه، قال: ولو عُلِمَتْ منه التوبة حقيقة قبل أن يطول سجنه، لم يخرج؛ لأن طول سجنه أحد الحدود الأربعة، فإخراجه قبل أن يطول سجنه بمنزلة من أُقيم عليه بعض الحد(٢).

وقوله: (وقيل: يُحْبَسُ ببلده)، هذا رواه مطرف، عن مالك في "الواضحة".

والقول الثالث: لابن الماجشون، قال: ليس النفي عندنا الذي ذكره الله تعالى أن ينقل من قرية إلى قرية، فيسجن بها، ولا يكون هذا مثلا لِمَا جزاؤه القتل والقطع، وإنما النفي أَن ينفوهم من الأرض بطلبكم إياهم؛ لتقيموا عليهم الحد، فيشردون ويختفون، وأنتم تطلبونهم إلى أن تأخذوهم، فتقيموا عليهم الحد.

(ص): **(والتعيين للإمام، لا لمن قُطِعَتْ يده، أو فُقِئَتْ عَيْنُهُ، فإنه لا يُقْتَصُّ له، فيُعَيِّنُ لذي البطش والتدبير القتل، ولذي البطش القطع، ولا يضربهما، ولغيرهما ولمن وقعت منه فَلْتَة النفي، ويضربهما إن شاء)**

(ش)، أي: التعيين في العقوبات الأربع للإمام، وليس لغيره في ذلك حق، وما يفعل به عوض عن كل ما صدر من إخافة طريق، وقتل، وأخذ مال، وقطع عضو، فلذلك لم يكن للمقطوع يده ونحوه تخيير(٣).

وقوله: (فيُعَيِّنُ... إلى آخره): ظاهر التصور، وهو وإن كان ظاهرًا في التفصيل

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٧٧، وشرح خليل، للخرشي: ١٨/٥١.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/٣٧٨، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٣/٥٨٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير، للدردير: ٣/٤٤٢، والشرح الصغير: ٣/٥٨٣، ومغني المحتاج: ٢/٢٧٥، وكشف القناع: ص٨٣.

وموافقة الترتيب ونحوه في "المقدمات"، إلا أنه يتأول على استحباب ذلك، كما تقدم من كلام عياض، وفي ترتيب المصنف رحمه الله تعالى: القتل على البطش والتدبير نظر، بل نص صاحب " المقدمات " وغيره على التدبير فقط.

وقوله: (لذي البطش)، أي: دون التدبير، وقوله: (القطع)، أي: من خلاف.

وقوله: (ولغيرهما)، أي: لغير من حصل فيه أحد الوصفين، وهو من كثر منه التردد، وليس له أحد الوصفين.

وقوله: (ولِمَنْ وقعت منه فَلْتَة النفي، ويضربهما): الضمير عائد على غيرهما، ومن وقعت منه فلتة.

وقوله: (إن شاء)، ظاهر "المدونة" أنه لا بد من ضربه، لقوله: في الذي يؤخذ بحضرة الخروج، ولم يخف السبيل، ولم يأخذ المال، فهذا لو أخذ بأيسر الحكم، لم أَرَ به بَأْسًا، وذلك الضرب والنفي.

وما ذكره أشبه بمذهب أشهب، فإنه قال: إن جلده مع النفي لضعيف، وإنما استحسن لِمَا خُفِّفَ عنه من غيره، ولو قاله قائل لم أعبه.

وقوله: إنما استحسن، أي: لأنه زيادة على النص.

ابن القاسم في "المُوَّازِيَّة": وليس لجلده حَدٌّ إلا الاجتهاد من الإمام.

(ص): (**ويُقْتَلُ المحارِبُ، وإن لم يكن قَتَلَ، ويَتَحَتَّمُ قَتْلُهُ إذا قَتَلَ، ولو غير كُفْءٍ. وقَتَلَ عثمانُ رضي الله عنه مسلمًا قَتَلَ ذِمِّيًا حِرَابَة، وليس لولي الدَّمِ عَفْوٌ**)

(ش)، يعني: أن الإمام إنما يخير فيه على ما تقدم، إذا لم يكن قد قَتَلَ، وأما إن قَتَلَ ولو غير كُفْءٍ، كما لو قتل كافرًا، أو عبدًا، فَيَتَحَتَّم قتله؛ لِتَنَاهِي فساده، وهذا هو المشهور.

وقال أبو مصعب: بل له فيه التخير أيضًا.

وقد تقدم أيضًا الخلاف في تَحَتُّمِ قَتْلِ مَنْ طَالَ زمانه، وامتدت مراصدته، واستدل المصنف بقضاء عثمان رضي الله عنه.

وقد يُقَالُ: لا حجة فيه؛ إذ لا يدل على التحتم، وفَعَلَهُ؛ لأنه أحد الوجوه، ولو سُلِّمَ فيحتمل أن يكون مذهبه قتل المسلم بالكافر قصاصًا.

وقوله: (وليس لِوَلِيِّ الدم عَفْوٌ)؛ لأن القتل ليس للقصاص وهو كالتأكيد، لقوله: (**يتحتم قتله**).

(ع): فإن قلت: فإذا اختار الإمام قطعه، أو نفيه على قول أبي مصعب، ففعل ذلك، فهل للولي قصاص؟ قلت: لا. انتهى.

(ص): (**وَيُقْتَلُ مَنْ أعان في القتل**، ومن **لم يُعِنْ**، **قال ابن القاسم**: ولو **كانوا مِائَةَ أَلْفٍ**)

(ش)، أي: من أعان في القتل بضرب أو إمساك، أو لم يُعِن بهما، لكن أعان بممالأة، وهكذا في "المدونة" وغيرها.

(ع): ولا بد من الممالأة التي ذكرها عمر رضي الله عنه، وهو أن يكون من لم ضرب حاضرًا، بحيث إذا احتيج إلى إعانته أعان، وبذلك يفهم قول ابن القاسم: (ولو كانوا مائة **ألف**).

(ص): (**ويسقط حَدُّ الحِرَابَةِ بالتوبة قبل الظفر لا بعده، ويكون القصاص لولي الدم وللمجروح كغير المُحَارِب**)

(**ش**): قوله: (**قبل الظفر**)، أي: قبل أن يقدر عليه، لقوله تعالى: ﴿إِلا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤].

واخْتُلِفَ في صفة توبته على ثلاثة أقوال حكاها في "المقدمات":

الأول: لابن القاسم: أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام، أو يأت الإمام طائعًا.

الثاني: لابن الماجشون: أن يترك ما هو عليه، ويجلس في موضعه، ويظهر لجيرانه، وأما إن أَلْقَى سلاحه وأَتَى الإمام طائعًا، فإنه يقيم عليه حد الحِرَابة.

الثالث: أن توبته إنما تكون بالمجيء إلى الإمام، ولو ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكمًا من الأحكام.

ولا يدل فراره على توبته، فإذا فَرَّ في القتال، فقال ابن القاسم: إن كان قتل أَحَدًا، فليتبع، وإن لم يكن قتل أحدًا، فلا أحب أن يتبع، ولا يُقْتَلُ، وقال سحنون: يتبعون ولو بلغوا بَرْكَ الغِمَاد، ورُوِيَ عنه أنه يتبع منهزمهم، ويقتلون مقبلين، ومدبرين ومنهزمين، وليس هروبهم توبة، وأما التدفيف على جريحهم، فإن لم تتحقق هزيمتهم، وخيف كَرَّتهم دفف عليه، وإلا فهو أسير يحكم فيه الإمام بما يراه.

وفي "المُوَّازِيَّة": قال ابن القاسم: لا يجهز على جريحهم، ولم يره سحنون.

ولا يسقط حد الحرابة بتأمينه، بل لا يجوز تأمينه إذا سأل الأمان، بخلاف المشرك؛ لأن المشرك يقر إذا أمن على حاله، وبيده أموال الناس، ولا يجوز تأمين

المحارب على ذلك، ولا أمان له، قاله عبد الملك رحمه الله تعالى.

محمد: وإن امتنع المحارب بنفسه حتى أُعْطِيَ الأمان، فاختلف فيه: فقيل: يتم له ذلك، وقيل: ليس ذلك له، وبهذا قال أصبغ.

وقوله: (ويكون القصاص... إلى آخره)، يعني: إذا سقط حد الحرابة بالتوبة، لم يسقط حق الآدميين، وهذا هو المعروف.

ورَوَى الوليد بن مسلم، عن مالك: أنه يسقط عنه أيضًا ما أخذ من الأموال، إلا ما كان قائمًا بعينه، أو يكون قتلا، فالأولياء بالخيار، ونقل (ع) قولا بسقوط حق الله تعالى، وحق الآدميين، إلا أنه يرد عين المال إن وجد، وقال: وهو الصحيح، وظاهره سقوط القصاص عنه.

(ص): (**فَيُقْتَلُ الرَّبِيئَةُ، ومَنْ أَمْسَكَ للقتل، أو من تَسَبَّبَ له**)

(**ش**): عياض: (الرَّبِيئَةُ) بفتح الراء وكسر الباء بواحدة، مهموز: الطليعة التي تحرس المحاربين، وتنظر لهم من الأماكن العالية.

وقوله: (ومن أَمْسَكَ): ظاهر التصور، فإن قيل: ما تقدم من قوله: (ويُقْتَلُ مَنْ أعان على القتل، ومن لم يُعِنْ): يُغْنِي عن هذا[1]؟

قيل: المتقدم فيمن ظفر به، وهذا فيمن جاء تائبًا، وقاله (ع)، وغيره.

(ص): (**وأما من لم يَتَسَبَّب، فقال ابن القاسم: يُقْتَلُ، وقال أشهب: يُضْرَبُ مائة، ويُحْبَسُ سَنَةً**)

(ش)، أي: من لم يتسبب في قتله، ولكن التقوى به حاصل، ووافق أشهب ابن القاسم إذا أخذوا قبل التوبة، قال: وأما إن تابوا قبل أن يقدر عليهم، فقد سقط عنهم حكم الحرابة، ولا يُقْتَلُ منهم إلا من وَلِيَ القتل، ومن أعان عليه، ومن أمسكه له، وهو يعلم أنه يريد قتله، ولكن يُضْرَبُ كل واحد منهم مائة، ويُحْبَسُ عامًا[2].

فصل: في الغُرْمِ

(ص): (**وأما الغُرْمُ فكالسارق، وقال سحنون: إن أُقيم عليه حد الحرابة، وإلا ففي ذمته**)

---

(١) انظر: الشرح الكبير، للدردير: ٤٤٢/٣، والشرح الصغير: ٥٨٣/٣، ومغني المحتاج: ٢٧٥/٢، وكشف القناع: ص٨٣.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٧٧/١٢، وشرح خليل، للخرشي: ٥١/١٨.

(ش): ظاهر قوله: (كالسارق) جريان قول ابن القاسم وأشهب، وأما القول الذي قدمه من الغُرْمِ مطلقًا فلا يوجد هنا. نعم، وُجِدَ عكسه، وهو عدم الغُرْمِ، إلا أن يكون ما أخذه قائمًا بيده[1].

وقوله: (وقال سحنون): فيه نَظَرٌ؛ لأنه يوهم أنه مخالف، وليس كذلك، بل هو موافق، ويوهم أيضًا أن السَّرِقَة ليس الحكم فيها كذلك، وهو كذلك كما قدمه، فلو أسقط قول سحنون، لكان أحسن؛ لأنه هو عين قول ابن القاسم وأشهب.

(ص): **(ويُغْرَمُ الواحد عن الجميع تائبًا، أو غير تائب)**

(ش): هذا قول مالك، وابن القاسم، وأشهب؛ لأن كل واحد إنما قوي بهم، فكانوا كالحملاء.

وقوله: (تائبًا أو غير تائب): حال من الواحد. وقال ابن عبد الحكم: لا أرى على كل واحد إلا ما أخذ.

وكلامه يشعر بأن حكم المحاربين في ذلك مخالف لحكم السُّرَّاق، وأن الواحد من السُّرَّاق لا يضمن ما سرق أصحابه معه.

(ع): وهو ظاهر ما حكاه بعض الشيوخ، وحكى ابن رشد: أن في سماع عيسى: أن السُّرَّاقَ إذا تعاونوا والغصاب يضمنون ما أخذوه ضمان المحاربين.

أبو محمد صالح: معناه: حيث يقطعون كلهم بالتعاون.

وحكى اللخمي، عن ابن الماجشون: إن كانوا لا يقدرون على ذلك إلا بالتعاون وبالكثرة، فمن أخذ منهم كان عليه جميع ما ذهب، وإن كان موضعًا يقوى عليه الواحد والاثنان، فيلزمه ما يلزم جماعتهم[2].

(ص): **(وما بأيديهم من المال الذي سَلِبُوه إن طَلَبَهُ طالب، دُفِعَ إليه بعد الاستيناء واليمين)**

(ش): قوله: (دُفِعَ إليه) ظاهره بغير حميل، وهو مذهب "المدونة".

وقال سحنون: بل بحميل. وفي "مختصر الوقار": إن كان من أهل البلد فبحميل، وإن كان من غيره فبغير حميل، أي: لأنه لا يجد حميلا.

وقوله: (بعد الاستيناء)، قال مالك: من غير تطويل.

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٣٩/١٢، والقوانين الفقهية: ٢٣٨/١.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٤٠/١٢، وشرح مختصر خليل: ١٠٣/٨.

اللخمي: وإنما تُدْفَعُ إليه إذا وصفه كما في اللقطة، وأما إن تداعياه رجلان قسم بينهما بعد أيمانهما، فإن حلف أحدهما فقط، فهو له.

محمد: فإن نكلا، فليس لهما شيء، إلا أن يقر المحاربون أنهم أخذوه من هذه الرفقة، وكان أحدهما منها، والآخر ليس منها، فإنه لمن هو من الرفقة، قاله اللخمي.

وقوله: (واليمين)، لا إشكال فيه، وإذا دُفِعَتْ بغير بينة، ثم أثبت أحد أنها له، فإن على الأول الضمان إذا هلكت عنده، قاله بعض الأصحاب[١].

ابن يونس: وأما إن أخذ المتاع ببينة، يريد: أو بشاهد ويمين، ثم ثبت ما هو أقطع من ذلك، وقد هلك بأمر من الله تعالى، فإنه لا يضمن شيئًا.

فصل: فيمن تثبت به الحرابة

(ص): (وتثبت بشهادة رجلين ولو من الرُّفْقَةِ، لا لأنفسهما)

(ش): قال في "المدونة": ويجوز على المحارين شهادة من حاربوه إذا كانوا عدولا؛ إذ لا سبيل إلى غير ذلك، شهدوا بقتل، أو أخذ مال، أو غيره، ولا تُقْبَلُ شهادة واحد منهم لنفسه، وهذه الشهادة خارجة عن الأصل، إذ فيها العداوة، ولأن فيها اشْهَدْ لي، وأَشْهُد لك، وإنما جازت للضرورة، ولما فيها من حق الله تعالى، والأموال تبع لها[٢].

وعُورِضَتْ هذه المسألة بمسألة المتحملين؛ لأنه لم تجز هناك شهادة بعضهم لبعض، إلا أن يكونوا نفرًا كثيرًا، عشرون فأكثر، وأَبَاهُ سحنون في العشرين.

وعارضوها أيضًا بما في سماع أبي زيد: في رجلين شهد كل واحد منهما للآخر فقال: لا تجوز شهادتهما[٣].

وفَرَّقَ ابنُ سهل بينهما: بأن مسألة المتحملين ليس فيها حق لله تعالى، فلذلك رُدَّتْ؛ لأنهم تدركهم حمية البلدية، وإن كان فيها الضرورة، ومسألة سماع أبي زيد لا ضرورة فيها، ولا حق لله تعالى فيها.

وقوله: (لا لأنفسهما)، أي: ولا تُقبل شهادة الشخص لنفسه.

اللخمي: ولا لابنه، قال: وتُقْبَلُ شهادته إذا كان معه غيره أنه قَتَلَ ابنه أو أباه؛ لأنه

---

(١) انظر: شرح مختصر خليل: ١٣١/٦، والتاج والإكليل: ٣٢٠/٦.

(٢) انظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل: ٨ / ٧، وجواهر الإكليل: ٢/ ١٥٥.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٧٨/٣، والتاج والإكليل: ٣١٩/٦.

إنما يقتل بالحرابة لا بالقصاص، ولا عفو فيه، ولو شهد بذلك بعد أن تاب المحارب، لم تُقْبَل شهادته؛ لأن الحق عاد إليه، وله العفو، أو القصاص.

سحنون: ولو قالوا كلهم عند الحاكم: قتل منا كذا وكذا رجلا، وسلب منا كذا وكذا حملا، وكذا جارية، والأحمال لفلان، والثياب لفلان، والجواري لفلان، فذلك جائز، ويجب به حد الحرابة، قاله مالك، وابن القاسم، وأشهب.

(ص): (**ولو كان مشهورًا بالحِرَابة، فشهد اثنان أنه فلان المشهور، تَثْبُتُ الحِرَابة وإن لم يُعَايِنَاها**)

(**ش**): تصوره ظاهر، ونحوه في "الجواهر".

(ع): وظاهره أن الإمام يكتفي بمجرد علمه بالشهرة، وإن لم يقم بها بَيِّنَة، والذي حكاه الباجي عن سحنون: إذا تواترت شهرة المحارب باسمه، فأتى من يشهد أن هذا فلان، وقالوا: لم نشاهد قطعه على الناس، وقد استفاض عندنا قطعه، وما اشتُهِرَ به من القتل، وأخذ الأموال، قُتِلَ بهذه الشهادة، وهذا آكد من شاهدين على العيان[1].

(خ): والظاهر أن كلام المصنف رحمه الله تعالى لا مخالفة فيه لهذا؛ لأن قوله: (فشهد اثنان أنه فلان المشهور) يقتضي أن الشهادة انتصبت على المجموع، أو لأنه لا يشتهر عند الإمام إلا بعد اشتهاره عند غيره غالبًا[2].

ونقل اللخمي، عن سحنون: إذا حبس الإمام المحاربين بشهادة عدل، وشهد معه قوم غير عدول، ومن هؤلاء المحاربين من اشتهر اسمه بالفساد، ولا يُعْرَفُ إلا بعينه، فإذا رآه من كان رآه عرفه بعينه، فليخرجه الإمام، ويوقفه، ويشهره حيث ينظر إليه المسافرون، ثم يتمم ذلك بنحو ما تقدم[3].

وقال محمد: إن استفاض ذلك الذكر عنهم وكثر، أَدَّبَهُم الإمام وحبسهم.

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٤٢/١٢، وشرح مختصر خليل: ١٠٧/٨.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٥٢/٢، والكافي: ١٠٩٧/٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٢٤٥/١٢، والذخيرة: ١٤٣/١٢.

كتاب الشرب

(ص): **(الشُّرْبُ المُوجِبُ: شُرْبُ المُسْلِمِ المُكَلَّفِ ما يُسْكِرُ جنسُهُ مُخْتَارًا مِنْ غَيْر ضَرُورةٍ ولا عُذْرٍ...)**

(ش): هذه هي الجناية السابعة[١].

قوله: (المُوجِبُ) أي: للحدِّ، واحترز بالمسلم من الكافر وبالمكلف من الصبي والمجنون، وأسند السكر للجنس؛ ليدخل القليل؛ لأنه وإن لم يسكر فجنسه سيسكر، واحترز بالمختار من المكره، ولغير ضرورة من المضطر إلى إساغة، وبلا عذر مِمَّن يشرب خمرًا يسقى ماءً ونحو لك[٢].

(ص): **(فَيَجِبُ بالقَليلِ والكَثيرِ)**

(ش): الضمير في (يَجبُ) يعود على الموجب وهو الحدِّ؛ لأنَّ الموجب المتقدم يدل عليه، ونبَّه بهذا على قول الحنفية أنه لا يحرم القليل الذي لا يسكر إلا من ماء العنب، ولنا ما رواه مسلم أنَّ عمرَ رضي الله عنه خطب على منبره عليه الصلاة والسلام وأثنى عليه ثم قال:

أَمَّا بعد، ألا وإن الخمر نزل تحريمها يوم نزل، وهي من خمسة أشياء: من الحِنطة، والشعير، والتمر، والزبيب، والعسل، والخمر ما خامر العقل[٣]. وفي الترمذي: قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ**"[٤] وقال: حسن غريب، وفي مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ، وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، وَمَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فِي الدُّنْيَا، فَمَاتَ وَهُوَ مُدْمِنُهَا لَمْ يَتُبْ، لَمْ يَشْرَبْهَا فِي الآخِرَةِ**"[٥].

فإن قيل: المسكر حقيقة ما حصل عنه السُّكر، قيل: لا نسلم، وما يذكر في أصول

---

(١) انظر: المدونة: ٥٢٣/٤، والتلقين: ١٨٥/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢٧٧/١، وشرح مختصر خليل، للخرشي: ٣٣٥/٢٣.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٥٨٤/١، وحاشية الصاوي: ٣٥٣/١٠.

(٤) انظر: جامع الترمذي، رقم (١٨٦٥).

(٥) أخرجه مسلم، برقم (٢٠٠٣).

الفقه من اشتراط حصول المعنى في كون المشتق حقيقة إنما هو إذا كان المشتق يحكم به، وأَمَّا إِذَا كان متعلق الحكم فلا، ولو سلم فينقض بالخمر، وأما استدلالهم بِمَا رواه البزار عن ابن عَبَّاس رضي الله عنهما: قال: حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها سواء، والمسكر من كلِّ شراب[١]. فهو إن صحَّ إسناده وروي مَرْفُوعًا من حديث جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، لكن قال عبد الحق: رواته كلهم ما بين ضعيف ومجهول.

(ص): (ولا حَدَّ عَلى مُكْرَهٍ ولا مُضْطَرٍّ إلى الإِسَاغَة وإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ حَرَامٌ)

(ش): لما رواه ابن ماجه: "**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالنِّسْيَانُ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**"[٢].

وذكر ابن شاس في باب الأطعمة أنه لا تحل الإساغة للغصة بها على خلاف فيها، وإلى القول بالتحريم أشار المصنف بقوله: (وإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ حَرَامٌ)، وفي الجلاب عن أبي الفرج: لا بأس أن يشربها؛ ليدفع بها غصة وهو الظاهر ولا يبعد الوجوب.

ابن عبد السلام: والظاهر أَنَّ الضمير في (إِنَّهُ حَرَامٌ) على الإساغة وحدها دون الإكراه، والخلاف في الصورتين، ولكن التحقيق أَنَّهُ ليس بحرام فيهما، ورُبَّما أنكر بعضهم عدم الخلاف في الغصة، والمنصوص عدم شربها للجوع وللعطش.

مالك: ولا يزيده إلا عطشًا، وقيل: بجوازه وهو اختيار ابن العربي وغيره، فإن ذلك تخفيفًا على الجملة ولو لحظة.

(ص): (والصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ التَّداوي بما فيه الخَمْرُ ولا بنَجِسٍ)

(ش): الباجي وغيره: إِنَّما هذا الخلاف في ظاهر الجسد؛ يعني: ويمنع في الباطن اتِّفاقًا، وما عبَّر عنه المصنف بالصحيح عبَّر عنه ابن شاس بالمشهور[٣].

ابن عبد السلام: وأجاز مالك لِمَن عثر أن يبول على عثرته، وفي مسلم: أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن جعلها في الدواء، فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ وَلَكِنَّهُ دَاءٌ**"[٤]، وكره مالك أن يداوي بها دبر الدَّواب[٥].

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٤/٢٦٥، والكافي: ١/٤٤٢.

(٢) انظر: سنن ابن ماجه، رقم (٢٠٤٣) من حديث أبي ذر، فيه أبو بكر الهذلي وهو متروك الحديث (١٠٤٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، يسند حسن.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٦٤، وإرشاد السالك: ١/١٩٦.

(٤) أخرجه مسلم، برقم (١٩٨٥) من حديث وائل بن حجر رضي الله عنه.

(٥) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٣٣، ومنح الجليل: ٢٠/١٢٤.

(ص): (**وَفِي البَدَوِيِّ يدَّعِي جَهْلَ التَّحْرِيمِ قَوْلانِ، بِخِلاف مُدَّعِي الجَهْلِ الْحَدُّ**)

(**ش**): أي: مع كونه يعلم التحريم فإنه يحد اتفاقًا، والقول بالحدِّ لمالك وأصحابه إلا ابن وهب فإنه قال: لا حد عليه[1].

مالك: وقد ظهر الإسلام وفَشَا فلا يعذر جاهل في شيءٍ من الحدود.

(ص): (**والصَّحِيحُ: أَنَّهُ لا حَدَّ عَلَى المُجْتَهِد يَرَى حِلَّ النَّبيذ، ومُقَلِّده**)

(**ش**): الْمَحْكِي عن مالك وأصحابه وجوب الحد عليه، وعدم قبول شهادته إلا أَنَّ الباجي تأوَّله، فقال: لعلَّ هذا فِيمَنْ ليس من أهل الاجتهاد والعلم، فإن كان من أهل العلم والاجتهاد، فالصواب أنَّه لا حد إلا أن يسكر منه، قال: وقد جالس مالك سفيان الثوري وغيره من الأئمة، مِمَّن كان يرى شُرب النبيذ مُبَاحًا، فما أقام على أحد منهم الحد ولا دَعا إليه مع إقراره بشربه، وظاهرهم وناظرهم عليه، وصحح هذا القول غير واحد من المتأخرين؛ لأنَّا إِنْ قُلْنَا كل مجتهد مُصيب فواضح، وإن كان المصيب واحدًا فلا أقل من أن يكون هذا شبهة.

وقوله: (عَلَى الْمُجْتَهِدِ ومُقَلده) فهو بكسر اللام، وأورد على قول مالك بحده أنه قد نفى الحد عن المتزوج بلا ولي، وأُجيب بأن مفسدة النكاح يُمْكِن تَلافِيها بالصلاح وردها إلى العقد الصحيح كغير هذه الصورة من النكاح الفاسد، ولا يُمْكن مثل ذلك في الأشربة مِنَ الزجر عنها وهو الحد، وفيه نظر.

(ص): (**ومَنْ ظَنَّ مُسْكِرًا شَرَابًا آخر لا حَدَّ**)

(**ش**): كما عذر من وطئ الأجنبية يظنها زوجته[2].

(ص): (**وَيَثْبُتُ بشَهَادة رَجُلَيْنِ وبالإِقْرَارِ**)

(**ش**): أي: لا خِلاف في ذلك فإن رجع عن الإقرار؛ فإما إلى شُبهة، أو لا وهو كالزنى.

(ص): (**وَالشَّهَادَةُ على الشَّمِّ مِمَّنْ يعرِفُهَا كالشُّرْبِ، وَحَكَم به عُمَرُ**)

(**ش**): ذكر أبو عمر أن هذا قول مالك وجمهور أهل الحجاز خِلافًا للشَّافعي وجمهور أهل العراق؛ لاحتمال أَنْ يكون يتمضمض بِهَا، ورأى مالك أنَّ

---

(١) انظر: الذخيرة: ١١٣/٤، والاستذكار: ٣/٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ١٥١/٧، وحاشية الدسوقي: ٣٠/١٩.

هذا مَرْجُوح[١].

وقوله: (مِمَّنْ يعرِفُهَا) ظاهره سواء تقدم شربه لها كالكافر والعاصي ثم يتوب أولا، وهو قول الباجي وغيره، واشترط ابن القصَّار تقدم الشرب.

ابن عبد السلام وغيره: الأول هو الصحيح إذ لا تخفى رائحتها على كثير من الناس، وإن شهد شاهدان على رائحة الخمر وخالفهما غيرهما، فقال ابن عبد السلام: قالوا يحد وهو مشبه باختلاف القولين في المسروق، ومذهب "المدونة" إعمال شهادة من شهد بأن قيمته رُبع دينار، ورأى بعضهم أَنَّ ذلك الاختلاف شبهة، وهكذا ينبغي أن يكون هنا وإنْ شكَّ شهود بالرائحة؛ فالمنصوص أن يسلم إلى حال المشهود عليه، فإن كان مِنْ أهل السَّفه نكل، وإن كان من أهل الخير ترك، ثُمَّ إن جاء الشهود من غير طالب أو أقام محتسب فلا بُدَّ أن يكونوا اثنين أو أكثر، وإن أمر القاضي بالاستنكاه فاستحب أصبغ اثنين وأجاز الاكتفاء بواحد وهو بعيد؛ لأنه يئول إلى حكم القاضي بعلمه في الحدود وإن شهد عليه بالعَمْد وجب الحكم عندنا، وحكم به عمر وعثمان رضي الله عنهما وهو أقوى من الشم. انتهى كلام ابن عبد السلام.

اللخمي: ويستدل عند الشك بالرائحة تخليط عقله، فإن حصل ذلك حد وإلا فلا.

عبد الملك: وقد يختبر القراءة التي لا شك في معرفته من الصور القصار، فإن ذلك يحسن عند الإشكال[٢].

(ص): (وَمُوجَبُهُ: ثَمَانُونَ جَلْدَةً بَعْدَ صَحْوِهِ، وَيَتَشَطرُ بالرِّقِّ)

(ش): لما في "الموطأ " أَنَّ عمر رضي الله عنه استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال علي رضي الله عنه: نرى أَنْ تجلده ثمانين جلدة، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فجلد عمر رضي الله عنه في الخمر ثمانين[٣].

أبو عمر: وقد انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم في حدِّ الخمر على الثمانين ولا مُخالف لهم منهم، وعلى ذلك جماعة التابعين وجمهور فُقَهاء المسلمين، والْخِلاف في ذلك كالشذوذ المحجوج بالجمهور[٤].

---

(١) انظر: المدونة: ٥٢٣/٤، والتلقين: ١٨٥/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢٧٨/١، وشرح مختصر خليل، للخرشي: ٣٣٦/٢٣.

(٣) انظر: موطأ مالك برواية محمد بن الحسن: ٨٠/٣، ح رقم (٧٠).

(٤) انظر: بلغة السالك: ٢٦٦/٤، والكافي: ٤٤٣/١.

وقوله: (بَعْدَ صَحْوِهِ) هكذا نصَّ عليه ابن القاسم وغيره.

اللخمي وصاحب " البيان": فإن جلد في حال سُكْره اعتد بذلك إن كان عنده ميز، فإن كان طافحًا أُعِيد عليه الحد، وإن لم يحس بالألم في أول الحد، ثُمَّ حس في أثنائه؛ حُسب له من أول ما أحس به[١].

(وَيَتَشَطَّرُ بالرِّقِّ) أي: كله أو بعضه.

(ص): (والحُدُودُ كُلُّهَا بِسَوْطٍ وَضَرْبٍ مُعْتَدلَيْنِ)

(ش): يعني: حد الزنى والقذف والشرب، والأصل في هذا ما في "الموطأ": أَنَّ رجلا اعترف على نفسِهِ بالزنا على عهدِ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأتي بسوط مكسور، فقال: "**فَوْقَ هَذا**"[٢]، وأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته، فقال: "**دُونَ هذا**"، فأتي بسوط قد ركب به ولان فأمر به رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والمشهور ما ذكره المصنف مِنْ تساوي الضرب في الحدود، وقال ابن حبيب: ضرب الخمر أشدها.

(ص): (قَاعِدًا غَيْرَ مَرْبُوطٍ مُخَلَّى اليَدَيْنِ عَلَى الظَّهْرِ والكَتِفَينِ دُونَ غَيْرِهِمَا)

(ش): أي: ويُضرب قَاعِدًا، قال في "المدونة": ولا يقام وتخلى له يداه، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال للجلاد في الخمر: اضْرب ودَعْ لَهُ يديه يتَّقي بهما. وإذا اضطر بأن لا يصل الضرب معه إلى موضعه فإنه يربط[٣].

قوله: (عَلَى الظَّهْرِ والكَتِفَيْنِ دُونَ غَيْرِهِمَا) هو قول مالك في "الموازية"، وقال ابن شعبان: يعطى كل عضو حقه مِنَ الْجَلْدِ إلا الوجه والفرج، واستحسن اللخمي الأول لِمَا أخرجه البخاري ومسلم مِنْ قَوْله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهلال بن أمية فِيمَنْ قذف وزوجته: "**وَإِلا حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ**"[٤].

(ص): (ويُجَرَّدُ الرَّجُلُ، ويُتْرَكُ على المَرْأَة مَا لا يَقِيهَا، وَاسْتُحْسِنَ أَنْ تُجْعَلَ في قُفَّةٍ)

(ش): هكذا قال مالك في "المدونة": أَنْ يجرد الرجل[٥].

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٨٥، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٥٤.

(٢) انظر الموطأ برواية محمد بن الحسن: ٢/٨٢٥، رقم (١٥٠٨).

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٦٥، وإرشاد السالك: ١/١٩٧.

(٤) أخرجه البخاري، برقم (٢٦٧١، و٤٧٤٧) ومسلم، برقم (١٤٩٨).

(٥) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٣٤، ومنح الجليل: ٢٠/١٢٥.

وقوله: (ويُتْرَكُ) أي: يترك عليها مِنَ الثياب ما يسترها ولا يقيها الضرب، ابن القاسم: ولا بأس بثوبين وينزع ما سوى ذلك.

ابن الجلاب: وتُنْزَع الجبة والفرو، وبلغ مالكًا أَنَّ بعض الأمراءِ أقعد المرأة في القفة فأعجبه.

اللخمي: ويجعل عليها تراب وماء للستر.

(ص): **(وَيُؤَخَّرُ حَيْثُ يُخْشَى الْهَلاكُ كَمَا تَقَدَّم فِي الزَّانِي)**

(ش): أي: حد المحدود وهو ظاهر، فإن كان هرمًا أو شبهه ويخشى عليه الهلاك بسبب ولا تُرْجى له صحة، فإنه يفرق عليه الضرب في أوقات، فإذا أُقيم الحد على الشَّارب أطلق، ووقع في بعض الأقوال: المشهور بالفسق فطاف به ويلزم السجن.

(ص): **(ومَنْ جَنَى مَعْصِيَةً مِنْ حَقِّ اللهِ تَعَالَى أَوْ حَقِّ آدمِي عَزَّرَهُ الْحَاكِمُ باجْتِهَادِهِ بِقَدْرِ القَائِلِ وَالْمَقُولِ لَهُ والقَوْلِ...)**

(ش): لما فرغ مِنَ الجنايات التي رتَّب الشَّارع عليها عُقوبة معلومة أخذ فِيمَا لَم يرتب عليه عقوبة معلومة، ولهذا يقع في بعض النسخ (التعزير) على وجه الترجمة، وبَيَّن أَنَّه لا فرق في المعصية بين حق الله تعالى وحق الآدمي، ومعنى حق الله؛ أي الذي لا يتعلق به للآدمي حق كالأكل في رمضان، وحق الآدمي أن يتعلق به للآدمي كشتمه وضربه، وهو أيضًا لا يخلو عن حقِّ الله تَعَالَى؛ لأنَّ مِن حقِّه تعالى على كلِّ مكلف ترك أذاه، ولَمَّا كان هذا القسم إِنَّما ينظر فيه باعتبار حق الآدمي جعل قسمًا للأول، فإن الحاكم يعزره باجتهاده وإن عزر بجهل فهو أخف، ولا يُسَمَّى حق الله تعالى، وقد يعتبر أيضًا ما ينزجر به غيره من أن يقع في مثل ما وقع فيه هذا العاصي[1].

وقوله: (بِحَسَب القَائِلِ والْمَقُول لَهُ والْقَوْلِ) فيه قُصور؛ لأنَّه لا يتناول إلا المعصية القَوْلية.

(ص): **(فَيُخَفَّفُ ويُتَجَافى عَنِ الرَّفِيع وَذِي الفَلْتَةِ، وَيُثَقَّلُ عَلَى ذِي الشَّرِّ)**

(ش): هذا نظرًا إِلى جانب القائل، وكذلك ينظر إلى جانب القول، وجانب المقول فيه، فإن كان القول عظيمًا من ذي الشرف المخاطب برفيع القدر بالغ في الأدب وخفف في العكس[2].

---

(١) انظر: الذخيرة: ١١٤/٤، والاستذكار: ٤/٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ١٥٢/٧، وحاشية الدسوقي: ٣١/١٩، وما بعدها.

وقوله: (وَيُتَجَافَى) خاص بحقوق الآدميين، وأَمَّا فِي حقِّ الله تعالى فنقل في "البيان" عن بعض العلماء: فيه التجافي، قال: ولم يره مالك[١].

(ص): (**وَيَكُونُ بِالضَّرْبِ والحَبْسِ، وبالإِقَامَة وَيَنْزَع العِمَامَة وَبِغَيْرِ ذَلِك**)

(ش): لأنَّ القصد الانزجار؛ ولهذا لا يتخصص بسوط ولا يد جنس ولا غيره.

ابن رشد: ومَنْ قال: لرجل يا كلب؛ إن كانا من ذوي الهيئة عُوقِب القائل عقوبة خفيفة يهان بها ولا يبلغ به السجن، وإن كانا من غير ذي الهيئة عُوقِب القائل أشد عقوبة من الأولى يبلغ فيها السجن، وإن كان القائل من ذي الهيئة، والمقول له عكسه عُوقِب بالتوبيخ، ولا يبلغ به الإهانة ولا السجن، وبالعكس عُوقِب بالضرب.

(ص): (**وَقَدْ يُزادُ عَلَى الْحَدِّ ولا يَنْتَهِي إِلى القَتْلِ**)

(ش): هذا هو المشهور عن مالك وابن القاسم[٢].

وقوله: (وَلا يَنْتَهِي إِلى القَتْلِ) أي: لا يكون الأدب بالقتل، ويحتمل لا ينتهي في الأدب بالضرب إلى ما يخشى منه القتل، وقد قال مطرف: يضربه وإن أتى على النفس، وروي عن مالك في "العتبية": أَنَّه أَمرَ بضرب شخص وجد مع صبي في سطح المسجد، وقَدْ جَرَّده وضمه إلى صدره أربع مائة سوط، وانتفخ ومات ولم يستعظم ذلك مالك، وقال ابن مسلمة: لا يتجاوز ثمانين، وقد روى القعنبي عن مالك: لا يجاوز خمسة وسبعين سَوْطًا، وروى أصبغ: أقصاها ما ينتهي إليه جرم الفساد مائتان، وقال مطرف في "الواضحة": أقصاها ما يبلغ به الأدب في الجرم ثلاث مائة، لا يزاد السلطان في الأدب على عشرة أسواط ولا المؤدب على ثلاثة، وكذا قال سحنون: لا يزيد المؤدب أزيد من ثلاثة أسواط، فإن زاد عليها اقتص منه، واستشكله غير واحد، وحُجَّة أشهب ما في الصحيح عن أبي بردة الأنصاري رضي الله عنه أَنَّه سمع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: "**لا يُجْلَدُ أَحَدٌ فَوْقَ عَشَرَةِ أَسْوَاطٍ إِلا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللهِ تَعَالَى**"[٣].

(ص): (**وَيُؤَدِّبُ الأَبُ المُعَلِّمُ بِإِذْنِهِ الصَّغيرَ لا الكَبِيرَ**)

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٥٨٥/١، وحاشية الصاوي: ٣٥٤/١٠.

(٢) انظر: المدونة: ٥٢٤/٤، والتلقين: ١٨٦/٢.

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٦٨٤٨) ومسلم، برقم (١٧٠٩).

هكذا قال ابن شاس[1]، وظاهر قول مالك في الذي شتمه خاله أو عمه أو جده: لا أرى عليه فِي ذَلِك شَيْئًا إذا كان على وجه الأدب ونحوه تأديب الكبير، وقد طعن أبو بكر في خاصرة عائشة رضي الله عنهما ورأسه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حِجْرها، وكذلك في مخاطبته لعبد الرحمن في حديث الضيفان.

(ص): (والسَّيِّدُ رَقِيقَهُ)

(ش): أي: فِي حقّه وحق الله تَعَالى بشرط أَلا يكون مبرحًا.

(ص): (والزَّوْجُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِمَنْعِ حَقِّه)

(ش): أي: في النشوز للآية، ووقع لابن رشد أن يؤدب زوجته في تركها الصلاة.

(ص): (والتَّعْزِيرُ جَائِزٌ بِشَرْطِ السَّلامَةِ، فَإِنْ سَرَى فَعَلَى العَاقِلَة بخلاف الحَدِّ)

(ش): أي: شرط السلامة غالبًا في الذهن، وفي هذا الشرط نظر؛ لأنه مخالف لقول ابن الماجشون وغيره: وإن أتى على النفس. والظاهر الحكاية المنقولة عن مالك، ولكن الحاكم وغيره إذا جازت له العقوبة - يعني - أَلا يكون عليه ضمان وتضمينهم من أمرهم كتكليف ما لا يُطاق[2].

وذكر في "الإكمال": أَنَّهم اختلفوا فِيْمَنْ مات من التعزير، فقال الشافعي: عقله على عاقلة الإمام وعليه الكفَّارة، وقيل: على بيت المال، وجمهور العلماء: ولا شيء عليه، وفي "الموطأ " في الرجل يضرب امرأته بالحبل والسوط فيصيبها من ضربه ما لم يرد ولا يتعمد، فإنه يعقل ما أصاب منها على هذا الوجه، وفي "المجموعة " لمالك في معلم الكُتَّاب والصنعة إن ضرب صبيًا ما يعلم أنه من الأدب فمات فلا يضمن، ظاهره خلاف " الموطأ " إلا أن يحمل ما في "الموطأ " أنه خطأ بالزيادة في الأدب، أو يريد بما في "المجموعة": لا يضمنه في ماله بخلاف الحد؛ أي: لا يضمن مِمَّا سرى مِنْه ونقل في ذلك الإجماع، فإن علم أن التعزير لا يحصل به زجر فلا يفعل، لكن يسجن الكبير؛ حتى تحقق توبته ولا يعرض للصغير، هذا أشار إليه ابن عبد السلام والشافعي وهو ظاهر[3].

(ص): (مَنْ فَعَلَ فِعْلا يَجُوزُ لَهُ مِنْ طَبِيبٍ وشِبْهِهِ عَلَى وَجْهِ الصَّوَابِ، فَتَوَلَّدَ مِنْهُ

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٢٧٩/١، وشرح مختصر خليل، للخرشي: ٣٣٧/٢٣.

(٢) انظر: بلغة السالك: ٢٦٧/٤، والكافي: ٤٤٤/١.

(٣) انظر: المدونة: ٥٢٥/٤، والتلقين: ١٨٦/٢.

هلاكٌ أَوْ تَلَفُ مَالٍ فَلا ضَمَانَ عَلَيْه...)

(**ش**): وهذه المسألة أجريت على القواعد التي قبلها، وشبه الطبيب الخادم والْحَجَّام ونحو ذلك، واحترز بقوله: (عَلَى وَجْهِ الصَّوابِ) لهما لو لم يفعله على وجه الصواب كما سيأتي.

(فَتولَّد مِنْهُ هَلاكٌ أَوْ تَلَفُ مَالٍ) يكون في الرقيق، وفي مثل فعل البيطار، وما ذكره من نفي الضمان مفيد بِمَا إذا لَمْ يكنْ السلطان قد تقدم إلى الأطبة والحجَّامين ألا يقدموا على شيء مِمَّا فيه ضرر إلا بإذنه، ففعلوا ذلك بغير إذنه فعليهم الضمان فيما تلف في أموالهم، رواه أشهب في ابن رشد، وقال ابن دحون: هو على العاقلة، إلا فِيمَا دون الثلث، وهو خِلاف الراوية[1].

(ص): (**فَإِنْ كَانَ جَاهِلا أَوْ لَمْ يُؤذَنْ لَهُ أَوْ أَخْطَأَ فِيهِ، أَوْ فِي مُجَاوَزَةٍ أَوْ تَقْصِيرٍ فَالضَّمَانُ كالْخَطَأِ...**)

(**ش**): يعني: إن لم يكن له بذلك علم وفعل ذلك على وجه الجرأة، وتولى الطبيب ذلك من غير أن يؤذن له، فآل إلى التلف أو أخطأ فيه، كما لو أراد قلع سِن فقلع غيرها، أو في مجاوزة بأن أخذ من مأخذه، ولكن تجاوز حده، أو قصر **فالضمان** كالخطأ؛ أي: فتحمل العاقلة الثلث فأكثر، ولا تحمل الأقل، هكذا قال عيسى بن دينار، وهو ظاهر ما رواه أصبغ عن ابن القاسم، وقيل: الدية عليه في ماله دون العاقلة.

ابن رشد: وهو ظاهر قول مالك في "العتبية"، وشبه المصنف المسألة بالخطأ؛ لأن بعض وجوه المسألة كالجهل، وعدم الإذن قد يظن أَنَّه مِنَ العَمْد، ويَنْفَرِد الجاهل بالأدب[2].

ابن رشد: والضرب والسجن، ولا يؤدب المخطئ، وهل يؤدب مَنْ لَمْ يُؤذَنْ له؟ فيه نظر.

وقيل بعدم ضمانه لكأن له وجه والله أعلم؛ لأنه كالمأذون له بالعُرف إذا كان من المشهورين بالطب وخِيْفَ الفوات في العلاج، ولو ادَّعى على الطبيب العَمْد فِيْمَا زاد أو قصر، وادَّعى هو الخطأ فالقول قوله، واختلف قول سحنون في الزوج والسيد يفقأ عين زوجته، فيقول السيد أو الزوج: فعلت ذلك أدبًا، وتقول المرأة أو العبد فعل ذلك

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٦٦، وإرشاد السالك: ١/١٩٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٣٥، ومنح الجليل: ٢٠/١٢٦.

عَمْدًا على الخطأ أو على الأدب، وإليه رجع، وفرق في القول الأول بين الطبيب وبين الزوج والسيد؛ لأن فعل الطبيب ابتدأ على الإذن، ولم يثبت الإذن في حقِّ الزوج والسيد.

ابن رشد: الأظهر في السيد أن يحمل أمره على الخطأ، إلا أن يعلم أنه قصد به التمثيل فيباع عليه إن قصد العبد ذلك، وأَمَّا الزوج فالذي أَرَاه فِي ذلك أَنْ يحمل أمره على الخطأ، لا على العَمْد، ولكن يكون كشبه العَمْد، وتكون فيه الدية على الْجَانِي، وإن طلبت المرأة فراقه، وقالت: أخافه على نَفْسِي، طلقت عليه طلقة بائنة(١).

(ص): (وإِذْنُ العَبْدِ لَهُ أَنْ يَحْجِمَهُ أَوْ يَخْتِنَهُ غَيْرُ مُفِيدٍ)

(ش): فيضمن الفاعل ولا يفيده إذن العبد، هكذا نص عليه في "المجموعة"، وزاد: وكذلك إذا أذن له أن يقطع عِرْقه، وهذا ظاهر في الْخِتَان، وأَمَّا الحجامة والفصد فالعُرف مطرد بعدم الاحتياج إلى إذن السيد، لا سيما إذا كان موجب الحجامة ظاهرًا(٢).

(ص): (ومَنْ أَجَّجَ نارًا عَلَى سَطْحٍ فِي يَوْمٍ عَاصِفٍ ضَمِنَ، وَلَوْ بَغَتَتْهُ الرِّيْحُ لَمْ يَضْمَنْ)

(ش): ظاهر كلام المصنف أن للسطح تأثيرًا في الضمان، الذي في "المدونة" في حريم الآبار، في من أرسل في أرضه ماءً أو نارًا، فوصل إلى أرض جاره، فأفسد زرعه، فإن كان أرض جاره بعيدة يؤمَن أَنْ يصل ذلك إليها، فتحاملت النار بريح أو غيرها، فلا شيء عليه، وإن لم يؤمَن وصول ذلك إليها لقربها فهو ضامن، وما قتلت النار من نفس فعلى عاقلة مرسلها، وكذلك الماء، فالعِبْرَة على هذا إِنَّمَا هي بالأمن وعدمه، وروى اللخمي: الضمان في البعيد إذا كانت الريح لتلك الأرض، إلا أن تكون بعيدة جدًّا، وعدمها إن لم يكن وقت أرسلها ريح، ثم حدثت، أو كانت وتُغيِّره إلى الناحية المحترقة، قال غير واحد: يضمن إن كانت الأعشاب متصلة وإن بعدت(٣).

وقوله في "المدونة": وما قتلت النار من نفسٍ فَعَلى عاقلة مرسلها؛ أي: إِذَا كان لا يؤمن أصولها، وأما مع الأمان فلا ضمان في النار، كما لابن كنانة ما ظاهره خلاف

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤/١١٥، والاستذكار: ٨/٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٧/١٥٣، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٢.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٥٢٥، والتلقين: ٢/١٨٧.

مذهب المدونة، قال فيمن أشعل نارًا في حائط رجل فتعدَّت النار على غيره فتحرقه من زرع أو حائط عليه غُرم ما أشعل فيه دون ما عدت عليه.

(ص): (وسُقُوطُ الْمِيزَابِ هَدَرٌ)

(ش): يعني: إذا اتَّخَذ ميزابًا للمطر فوقع على إنسان أو مال فلا شيء في ذلك؛ لأنه اتَّخذه حيث يجوز له اتخاذه، ويَنْبَغِي أن تقيد هذه المسألة بالتي بعدها؛ وهي قوله:

(ص): (وَفِي سُقُوطِ الْجِدَارِ الْمَائِلِ وَأُنْذِرَ صاحبُهُ وأَمْكَنَهُ تَدَارُكُهُ - الضَّمَانُ)

(ش): قوله: (الْمَائِل) أي: بعد بنائه مُسْتَقِيمًا، وأَمَّا لو بني مائلا لضمن من غير تفصيل هكذا، قال ابن شاس: ومراده بالإنذار الإشهاد، كَمَا نص عليه في "المدونة"[1].

ابن عبد السلام: ومعناه عند القاضي، أو مَنْ له النظر في ذلك، ولا ينفع الإشهاد إذا لم يكن كذلك، إذا كان رب الحائط منكرًا لميلانه بحيث يخشى عليه السقوط؛ أنه لو كان مُقرًّا فإنه يكتفى بالإشهاد، وإن لم يكن عند حاكم قاله بعض القرويين، وفي البيان في أدب السلطان[2].

الثاني: وقول يحيى - أنه ضامن لما أفسد الحائط إن انهدم بعد التقدم إليه والإشهاد عليه، وإن لم يكن ذلك سلطانًا - مفسر لقول ابن القاسم: ومثل ما في "المدونة".

وقال عبد الملك وابن وهب: لا ضمان عليه إلا ما أفسد بانهدامه بعد أَنْ قَضَى عليه السلطان بهدمه ففرط في ذلك، وقال أشهب وسحنون: لا يشترط الإشهاد؛ بل يكتفى أن يبلغ إلى حالة لا يكون لصاحبه أَنْ يتركه؛ لشدة مَيْلِه.

قوله: (وأَمْكَنَهُ تَدَارُكُهُ) أي: رب الحائط إزالة الضرر، إما بهدم الحائط، وإما بتدعيمه، وتراخى، وأما إذا لم يمكنه فبادر إلى رفع الأذى فسقط؛ فلا ضمان، ولو تقدم إليه في ذلك.

(ص): (وَيَجُوزُ دَفْعُ الصَّائِلِ بَعْدَ الإِنْذَارِ لِلْفَاهِمِ مِنْ مُكَلَّفٍ أَوْ صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ أَوْ بَهِيمَةٍ عَنِ النَّفْسِ وَالأَهْلِ والْمَالِ...)

(ش): قوله: (مِنْ مُكَلَّفٍ) يتعلق بالصَّائل، وفي الكلام تقديم وتأخير، وتقديره: ويجوز دفع الصَّائل من مكلفٍ، أو صَبِيٍّ، أو مجنونٍ، أو بهيمة عن النفس والأهل

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٨٠، وشرح مختصر خليل، للخرشي: ٢٣/٣٣٨.
(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٥٨٧، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٥٦.

والمال بعد الإنذار للفاهم، وإلا فغير الفاهم لا يمكن إنذاره، وقد تقدَّم في إنذار المحارب خِلاف، فانظر هل يأتي هنا؟

وروى عيسى عن ابن القاسم: إنَّ قتل الرجل الجمل الصول بعد التقدم إلى صاحبه فذكر أنه أراده وصَال عليه، لا غرم عليه، ويقبل قوله في ذلك ابن رشد، يريد مع يمينه إذا كان بموضعٍ لا يحضره الناس، واختلف في التقدم لأرباب البهائم هل لا بُدَّ من السلطان أم لا؟ وعلى قول سحنون إذا بلغ الحائط مَبْلغًا يجب عليه هدمه، يضمن ولا يحتاج إلى التقدم.

ابن رشد: وهذا الْخِلاف إِنَّمَا هو إذا اتخذ حيث يجوز له، وإِلا فهو ضامن اتفاقًا، ومذهب أشهب في الكلب العقور والجمل الصول أَنَّه لا ضمان على صاحبها، وإن تقدم إليه فهو قول رابع، وحيث ضمناه، قال ابن القاسم: في ماله، وقال ابن وهب: على العاقلة، ويثبت بالشاهد واليمين عند ابن القاسم، وقال أصبغ: لا يثبت إلا بشاهدين[1].

ابن رشد: ويأتي على قول ابن وهب في إلزامه العاقلة أن يحبس بما يستحق به دم الخطأ من قسامة وغير ذلك.

(ص): **(فَإِنْ عُلِمَ أَنَّه لا يَنْدَفِعُ إِلا بِالْقَتْلِ جَازَ قَتْلُهُ قَصْدًا ابْتِدَاءً وَإِلا فَلا)**

(ش): هكذا قال القاضي أبو بكر؛ لأنه قال: لا يقصد قتله، وإنما يقصد الدفع، فإذا أدَّى إلى القتل فبذلك قال، وإن علم أنه لا يندفع عنه إلا بقتله فجائز له أن يقصد القتل ابتداء، وقد يقال: ينبغي أن يكون القتل هنا واجبًا؛ لأنه يتوصل به إلى إحياء نفسه لا سيما إن كان الصائل غير آدمي؛ اللهم إلا أن يحمل كلام القاضي على أنه يمكنه الهروب، ولا يقبل منه إذا قلته دعوى أنه كان قصد قتله، كمن زعم أنه أراد زوجته إذا لم تتقدم منه شكوى.

(ص): **(ومَنْ قَدَرَ عَلَى الْهُرُوبِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ لَمْ يَجُزْ لَهُ الْجَرْحُ)**

(ش): إذا قدر المصول إليه على الهروب من الصَّائل مِنْ غَير مَضرَّة تلحق المصول إليه لم يجز له جرح الصَّائل؛ لأَنَّه مِنْ باب ارْتِكَاب أخف المفسدتين، وهذا في غير المحاربين، وأَمَّا المحاربون فقد تقدَّم أَنَّ قتالهم جهاد.

(ص): **(ولَو عَضَّه فَسَلَّ يَدَهُ ضَمِنَ أَسْنَانَهُ عَلَى الأَصَحِّ)**

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢٦٥/٤، والكافي: ٤٤٢/١.

(ش): عبَّر المازري وغيره عنه بالمشهور، ونقل مقابله عن بعض الأصحاب: وهو أظهر لما في الصحيحين عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ رَضِيَ اللهُ عَنْه، أَنَّ رَجُلا عَضَّ يَدَ رَجُلٍ، فَسَلَّ يَدَهُ مِنْ فَمِه، فَوَقَعَتْ ثَنَايَاهُ، فَاخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: "**يَعَضُّ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ، كَمَا يَعَضُّ الْفَحْلُ، لا دِيَةَ لَكَ**"[(١)]. زاد أبو داود رضي الله عنه: وإن شئت أَنْ تُمَكِّنه مِنْ يدك فيعضها ثم تنزعها من فِيه[(٢)].

وقال ابن المواز: الحديث لم يروه مالك، ولو ثبت عنده لم يخالفه، وتأَوَّلَه بعض شيوخ المازري على أن المعضوض لا يمكنه النزع لها بذلك، وحمل تضمين الأصحاب على أنه يمكنه النزع برفق؛ بحيث لا يقطع أسنان العاض، فصار متعديًا في الزيادة، فلذلك ضمنوه[(٣)].

(ص): **(وَلَوْ نَظَرَ مِنْ كُوَّةٍ أَوْ مِنْ صِبْرِ بابٍ فقَصَدَ عَيْنَهُ فَالْقَوَدُ)**

(ش): (الصِبر) بكسر الصاد: شِق الباب، قاله الجوهري وعبَّر به تبعًا للحديث، والقود نقله المازري عن أكثر الأصحاب، ونقل عن الأقل نفيه لما في الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام: "**لَوْ أَنَّ امْرَأً اطَّلَعَ عَلَيْكَ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَحَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ، مَا كَانَ عَلَيْكَ جُنَاحٌ**"، وحمل الأولون الحديث على دفعه من غير قصد لفقأ عينه أو مع القصد، ولكن الذي نَفَاه في الحديث إنما جناح، وأما الدية فلا ذكر لها، ودل كلام المصنف على أن القود مشروط بقصد العين؛ لقوله: (فَقَصَدَ عَيْنَهُ).

(ص): **(ومَا أَتْلَفَهُ البَهَائِمُ مِنَ الزَّرْعِ نَهَارًا فَلا ضَمَانَ، وفُسِّرَ: إن اسْتُهْمِلَ بِغَيْرِ حَافظٍ، وأمَّا الليلُ فالضَّمَانُ...)**

(ش): والأصل في هذا ما رَوَاه مالك مُرسلا، قال في "الاستذكار": وهو مراسيل الثقات وتلقاه أهل الحجاز وطائفة من العراق بالقبول: أَنَّ نَاقَةَ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ، فَقَضَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**أَنَّ عَلَى أَهْلِ الحَائِط حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتِ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ فَضَمَانُهُ عَلَى أَهْلِهَا**"[(٤)].

قوله: (وفُسِّرَ) ظاهر، و(إن اسْتُمْهِلَ) الزرع والذي في "الجواهر " بعد أن ذكر نفي

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٦٨٩٢) ومسلم، برقم (١٦٧٣).

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٦٤، وإرشاد السالك: ١/١٩٦.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٣٨، ومنح الجليل: ٢٠/١٢٨.

(٤) انظر: موطأ مالك، برواية محمد بن الحسن، رقم (٦٧٧).

الضمان نهارًا محمد بن حارث، وهذا الكلام مَحْمول على أن أهل المواشي لا يهملون مواشيهم، وعلى أنهم لا يجعلون معها حافظًا وراعيًا، وأما إن أهملت المواشي، فأهلها ضامنون. وفي "الاستذكار": إِنَّمَا سَقَط الضمان عن أَرْبَاب الماشية في النَّهار، إذا أطلقت دون راعٍ، وإن كان معها راعٍ فلم يمنعها، وهو قادر على دفعها فهو المسلط لها، وهو حينئذٍ كالقائد والراكب[1].

وقال ابن رشد: إِنَّمَا يسقط الضمان إذا أخرجها عن جملة مزارع القرية وتركها بالمسرح، وأما إِنْ أطلقها للرعي قبل خروجها عن مزارع القرية، فهو ضامن، وإن كان معها راعٍ فلا ضمان عليه، والضمان على الراعي إن فرَّط أو ضيع، قال: وعلى هذا حمل أهل العلم الحديث، ولم يأخذ يحيى بن يحيى بهذا الحديث، بل قال: يضمنون ما أفسدت ليلا ونهارًا[2].

ابن القاسم عن مالك: وهو المشهور، وإذا ضمنوا فإنهم يضمنون ما أفسدت وإن كان أكثر من قيمتها، وقال يحيى بن يحيى: إنما عليه الأقل من قيمتها أو قيمة ما أفسدت، ولعله قاسه على العبد الجاني، فإن قلت: فلا فرق على المشهور، قيل: لأنَّ العبدَ مكلف، فهو الجاني بخلاف هنا، فإنَّ الْجَانِي في الحقيقة رب الماشية، ولمالك في "العتبية": وسواء كان محضرًا عليه أو غير محضر[3].

قوله: (وأمَّا باللَّيْلِ فالضَّمَانُ) مخصوص بالزرع والحوائط، فقد قال مالك: إذا انفلتت دابة بالليل فوطئت على رجل نائم؛ لم يغرم ربها شيئًا.

الباجي: وهذا الحكم يختص عندي بالموضع الذي يكون فيه الزرع والحوائط مع المسارح، فأما لو كان الموضع مختصًا بالمزارع دون المسارح ضمن ربها ما أتلف ليلا كان أو نهارًا، كما لو كان مختصًا بالمسارح دون المزارع فزرع فيه إنسان على خِلاف العادة من غير إذن الإمام، فلا ضمان على أهل المواشي، كان ليلا أو نهارًا، وروى مطرف عن مالك: إن كانت المزارع كثيرة معتدة لا يقدر أهلها على حراستها؛ لم يكن على أهل المواشي شيء مطلقًا[4].

---

(١) انظر: الذخيرة: ١١٦/٤، والاستذكار: ٩/٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ١٥١/٧، وحاشية الدسوقي: ٣٠/١٩.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٤٣٣/٨، ومنح الجليل: ١٢٤/٢٠.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٢٦٤/١٢، وإرشاد السالك: ١٩٦/١.

ابن عبد السلام: وقال بعضهم: عكس هذا أَوْلى؛ لأنه إذا كان الأمر هكذا، كان على أربابها ألا يخرجوها إلا براعٍ، وهذا كله إذا لم يكن من المواشي التي شأنها العداء على الزرع، فإن كانت كذلك وتقدم إلى أربابها ضمنوه ما أصابته ليلا أو نهارًا، من غير خِلاف، نقله في "الاستذكار"[(١)].

مالك: وتُبَاع تلك الماشية في بلد لا زرع فيه، كانت بقرًا أو غنمًا أو غيرها، ابن القاسم: إلا أن يحبسها أهلها عن الناس.

ابن حبيب عن مالك: ويأمر الإمام ببيعها، وإن كره ربها، واختلف في الحيوان لا تستطاع حراسته إذا أضر بالناس، وقال ابن حبيب: لا يمنع، وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم، وقاله ابن القاسم وابن كنانة في "المجموعة".

(ص): (**وَيُضْمَنُ بِقِيمَتِهِ عَلَى الخَوْفِ والرَّجَاءِ لَوْ حَلَّ بيْعُهُ. وَرَوى مُطَرِّفٌ: لا يُسْتَأْنَى فِي الزَّرْع أَنْ يَنْبُتَ...**)

(**ش**): هكذا رواه مطرف عن مالك، قال: على أهل المواشي قيمة ما أفسدت على الرجاء والخوف، على أن يتم أو لا يتم، قال في "المجموعة": وإن لم يبد صلاحه، وقوله: (وَرَوَى مُطَرِّف[(٢)]... إلخ) لو نسبت الرواية من أصلها لمطرف لكان أحسن، وكأنه عطفه بالفاء؛ ليفيد أنه مع المعطوف عليه قول واحد، وأنه كالتمام له؛ أي: يضمن على الرجاء والخوف، ولا يستأنى بالزرع، هل ينبت أم لا ينبت بخلاف سن الصغير[(٣)].

ابن رشد وابن زرقون: وعلى قول سحنون: يستأنى في الزرع لأخذه، قال في الذي يقطع شجرة رجل ينتظرها، فإن عادت كما كانت فلا شيء على القاطع، فإن نقصت عن حالها غرم ما نقص، ولا يغرم أجر السقي والعلاج، كجرح الخطأ في الدية والدواء[(٤)].

وفي التخريج نظر؛ لأن صاحب البهائم قد انتفع بما أكلت بهائمه، وقاطع الشجرة لم ينتفع بشيء، وعلى الأول فقال مطرف: إن تأخر الحكم حتى عاد الزرع فلا قيمة،

---

(١) انظر: الذخيرة: ١١٣/٤، والاستذكار: ٩/٨.

(٢) انظر: المدونة: ٥٢٣/٤، والتلقين: ١٨٥/٢.

(٣) انظر: الذخيرة: ١١٣/٤، والاستذكار: ٣/٨.

(٤) انظر: بلغة السالك: ٢٦٥/٤، والكافي: ٤٤٢/١.

ويؤدب المفسد، ونقل ابن يونس عن أصبغ أن عليه قيمة الزرع[١].

مطرف: وإن عاد أقل، وإن كان ما أفسد من ذلك ينتفع به فعليه قيمته كذلك، ليس على الرجاء، وقال أصبغ: بل على الرجاء، وإن عاد الزرع بعد الحكم، فقال مطرف: مضت القيمة لصاحب الزرع، وقيل: ترد كالبصر يعود[٢].

العِتْقُ

هو انقطاع الملك عن العبد.

الجوهري: **العتق**[٣]: الحرية، وكذلك العتاق بالفتح، والعتاقة، تقول: منه عتق العبد يعتق بالكسر عتقًا وعتاقًا وعتاقة فهو عتيق وعاتق، وأعتقته أنا، وفلان مولى عتاقة.

والعتق أفضل الأعمال وأعظم القربات، فقد روى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه، عنه عليه الصلاة والسلام قال: "**أَيُّمَا امْرِئٍ مُسْلِمٍ أَعْتَقَ امْرَأً مُسْلِمًا، كَانَ فَكَاكَهُ مِنَ النَّارِ، يُجْزِ كُلُّ عُضْوٍ عُضْوًا مِنْهُ من العاتِق، وَأَيُّمَا امْرِئٍ مُسْلِمٍ أَعْتَقَ امْرَأَتَيْنِ مُسْلِمَتَيْنِ، كَانَتَا فَكَاكَهُ مِنَ النَّارِ، يُجْزِئ كُلُّ عُضْوٍ مِنْهُمَا عُضْوًا مِنْهُ، وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ أَعْتَقَتِ امْرَأَةً مُسْلِمَةً، كَانَتْ فَكَاكَهَا مِنَ النَّارِ، يُجْزِئ كُلُّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْوًا مِنْهَا**"[٤].

قيل: ولعلَّ هذا لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل. ويدل على عظيم ما

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٨٤، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٥٣.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٨٢، وشرح مختصر خليل، للخرشي: ٢٣/٣٣٥.

(٣) قال في الصحاح: العتق الكرم يقال: ما أبين العتق في وجه فلان، يعني الكرم. والعتق: الجمال، والعتق: الحرية، وكذلك العتاق بالفتح والعتاقة يقال منه: عتق العبد يعتق بالكسر عتقا وعتاقا وعتاقة فهو عتيق وعاتق وأعتقته أنا، ثم قال: وعتق الشيء بالضم عتاقة أي قدم وصار عتيقا، وكذلك عتق يعتق مثل دخل يدخل فهو عاتق. ثم قال: وعتاق الطير الجوارح منها والأرحبيات العتاق النجائب منها. يعني أنه بكسر العين والأرحبيات الإبل، قال في الصحاح: وأرحب قبيلة من همدان ينسب إليها الأرحبيات من الإبل. وقال القاضي عياض في المشارق: يقال: عتق المملوك يعتق عتقا وعتاقة بالفتح فيهما، قال الخليل: وعتاقا بالفتح أيضا، قال غيره: والاسم منه العتق بالكسر، والعتاق بالفتح، ولا يقال: عتق إنما هو أعتق إذا أعتقه سيده. وقال في التنبيهات: العتق والعتاق بالفتح فيهما وعتق الغلام وأعتقه سيده فهو عتيق، وعبيد عتقاء وأمة عتيقة، ولا يقال: عاتق ولا عواتق، إلا أن يراد مستقبل أمره فهو عاتق غدا، ولا يقال: عتق الغلام بضم العين ولكن أعتق ومعنى العتق ارتفاع الملك.

(٤) أخرجه مسلم، برقم (٢٧٨٦) من حديث أبي هريرة، والترمذي، برقم (١٥٤٧) من حديث صدي بن عجلان الباهلي.

في الصحيح من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**لا يَجْزِئُ وَلَد وَالِدِ، إلا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا، فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ**"(١). وكأن الوالد لما كان سببًا لوجود الولد، وذلك من أعظم النِّعم، والذي يشبع ذلك إخراج الولد لوالده من عدم الرق إلى وجود الحرية؛ لأن الرقيق كالمعدوم، وربما كان العدم خيرًا منه(٢).

وفي مسلم: أنه عليه الصلاة والسلام سُئل عن أي الرِّقَابِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: "**أَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا، وَأَكْثَرُهَا ثَمَنًا**"(٣). واختلف إذا كان الكافر أغلى ثمنًا، فقال مالك: الكافر أفضل للحديث المذكور. وقال أصبغ: بل المسلم أفضل(٤). قيل: وهو الأقرب، فإن الذي يضمن أن السيد لا يعتق من النار إلا بعتق عبدين نصرانيين، فإنه لما كانت ديته نصف دية المسلم كان كالمرأة، أما إن تساويا فالمسلم أفضل بلا خِلاف.

(ص): (**أَرْكَانُهُ أَرْبَعَةٌ**)

(ش): هكذا في بعض النسخ وهي ظاهرة، وفي بعضها إسقاط ثلاثة وهي أيضًا ظاهرة، وفي بعضها أربعة. واستشكلت إذا لم يذكر إلا ثلاثة. وأجيب بأنه أراد بالرابع خواص العتق، ورد بأن الخواص خارجة عن الماهية والأركان داخلة، وقد يُجاب بأنه أطلق عليها ركنًا مجازًا باعتبار اختصاصها كاختصاص أركانه، وقيل: أراد بالرابع أحد قسمي الصيغة وهو غير الصريح، وكأنه جعل قسمي الصيغة ركنين.

(ص): (**الْمُعْتِقُ: كُلُّ مُكَلَّفٍ لا حَجْرَ عَلَيْهِ وَلَمْ يُحِطِ الدَّيْنُ بمَالِهِ**)

(ش): احترز بالمكلف من الصبي والمجنون، فلا يمنع السكر منه على المشهور، بخلاف الْهِبَة فإنها لا تلزمه، وقوله: (لا حَجْرَ عَلَيْهِ) أي: لا يجوز بالنسبة إلى ما حجر عليه فيه، فالزوجة والمريض يصح عتقهما في الثلث، بخلاف ما زاد. واعتمد المصنف على ما قدَّمه في (كتاب الحجر)، وليس مراده بقوله لا حجر عليه نفي الحجر من كلِّ وجه؛ لئلا يلزم الحشو في قوله: (وَلَمْ يُحِط الدَّيْنُ) ولما ذكرناه من أنه أراد بقوله: (لا حَجْرَ) ما تقدم في باب (الحجر).

قال: ولم يحط الدين بماله؛ لأن الذي قدَّم المصنف الكلام عليه هو المفلس

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٥١٢).

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٤٧، والتلقين: ٢/٢٠٣.

(٣) أخرجه مسلم، رقم (٨٥).

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٠، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٠.

حقيقة، من فلسه الحاكم وهو متأخر عن إحاطة الدين، فلهذا احتاج إلى قوله ولم يحط الدين بماله؛ لأنه يقدمه. وكما لا يلزم الصغير العتق فكذلك لا يلزمه اليمين به إذا حنث بعد البلوغ، وكذلك من فعل على شيء، ثم فعله ثُمَّ في حال جنونه لا يلزمه، واختلف إذا حنث السفيه بعد خروجه ولم يرد وليه عتقه، هل يلزمه أم لا؟ أما لو أعتق ولم يرد الولي عتقه حَتَّى يخرج من الولاية؛ فله الرد[1].

(ص): (**فَلَوْ أَعْتَقَ ثُمَّ قَامَ الغَرِيْمُ رُدَّ عِتْقُهُ أَوْ بَعْضُهُ**)

(**ش**): عطفه بالفاء ليرتبه على الجزء الأخير؛ أي: فلو أعتق من أحاط الدين بماله، ثم قام غرماؤه رد عتق جميعه إن اسْتَغْرَقته الديون، أو **بعضه** إن لم يستغرقه الدين، كما لو أعتق عبدًا يساوي مائتين وللدين مائة، فإنه نصفه، وإن لم يوجد مَنْ يشتريه إلا كاملا بيع جميعه، واختلف فيما بقي، فقال ابن حبيب يصنع به ما شاء[2]. وقيل: يستحب أن يجعله في عتق، وإليه ذهب اللخمي. أما لو أعتق عبدين ولا مال له غيرهما وقيمتهما أكثر من الدين، ونحن وإن بعنا منهما بالحصص لم يكف بالدين. فقال ابن عبد الحكم: يقرع بينهما على أنه يباع الدين، وهو ظاهر، و(أَوْ) من قوله: (أَوْ بَعْضُهُ) للتقسيم.

فَرْعَان:

الأول: لو سكت الغُرَماء عن عتق السيد وطال ذلك لم يكن قيام، وإن قالوا لم نعلم بإعتاقه، فقال ابن عبد الحكم: لهم ذلك في أربع سنين لا في أكثر، وقاله مالك، وفسر الطول الذي يدل على الرضا أن يشتهر بالحرية، ويثبت له أحكامه بالمواريث وقبول الشهادة، ولم يمنع ذلك الغُرَماء[3].

أصبغ: وكذلك التطاول الذي على السيد فيه أوقات، فإذا فيها وفاء الدين ولم يتيقن شهادة قاطعة أنه لم يزل عديمًا متصل العدم مع غيبة الغرماء وعدم علمهم لرد عتقه، ولو ولد له سبعون ولدًا ولو أيسر للعتق، ثم قام علي الغُرماء وقد أعسر، فقال مالك: لا يرد عتقه.

الثاني: اختلف إذا رد العتق بحكم، ثم أفاد مالا قبل البيع أو بعد بيع السلطان وقبل إنفاذه؛ كانوا أحرارًا؛ لأن بيعه بالخيار ثلاثة أيام. وقال ابن نافع: لا أعرف هذا، والذي

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٠، والكافي: ١/٩٦١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٢، وإرشاد السالك: ١/٢٠٦.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٤٥، ومنح الجليل: ٢٠/١٧٨.

لم أزل أعرفه أن ردَّ السلطان رد وإن لم يبعه في دين ولا يعتق بعد ذلك، وإن أفاد مالا بقرب رد الحاكم أعتقوا، وإن طال ذلك الزمان كانوا رقيقًا. وفي "الموازية": إن أيسر بعد إنفاذ السلطان البيع بالقرب رد البيع.

قال بعض الشيوخ: هكذا نقل اللخمي. والذي في "الموازية": إن أيسر بعد بيع السلطان وقبل قسم الثمن رد البيع، وإن قسم الثمن وطال لم يرد البيع(١).

اللخمي: وقول ابن نافع أقيسها؛ لأن العتق رد من أصله لحق تقدمه، فلا يعتق إلا بعتق محدث.

(ص): **(وَالوَصِيَّةُ بالعِتْقِ وَغَيْرِهِ عِدَةٌ، ويَرَجِعُ إِنْ شَاءَ)**

(ش): هكذا في بعض النسخ، وعليها فقوله: (ويَرْجِعُ إنْ شاءَ) زيادة بيان؛ لأن ذلك استفيد من قوله: (وغَيْرِهِ) إذ سائر الوصايا له فيها الرجوع. وفي بعض النسخ: (والوصية بالعتق عدة، ويرجع فيه إن شاء) وهي كالأولى، ولعله يتبع في ذلك لفظه في "المدونة": والوصية بالعتق إن شاء رجع فيها. وفي بعض النسخ: (والوصية بعتق كغيره) وهي أخص. وفي بعضها: (الوصية بالعتق وغيره حق لازم، ويرجع إن شاء) ويؤخذ من قوله في "المدونة": والوصية بالعتق عدة. أن العتق لا تلزم كانت على سبب أو لا.

(ص): **(وَيَجِبُ بِالنَّذْرِ ولا يُقْضَى إِلا بالبَيِّنَةِ والْحِنْثِ)**

(ش): يعني: ويجب العتق بالنذر، سواء كان معلقًا؛ كقوله: إن فعلت كذا فعليَّ عتق رقبة أو لا؛ كقوله: عليَّ للهِ عتق رقبة، لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:١] ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ الله، فَلْيُطِعْهُ**"(٢). ولا يقضى إلا بالبت؛ أي: إذا أبت للعتق، وفي بعض النسخ: (ولا يُقْضى إلا بالبيّنة والحِنْثِ) فيفيد كلامه لمعين. وقوله: بقيام البينة؛ أي: في النذر المعلق؛ لأنه الذي يتصور فيه الحنث. وهذه المسألة في أول عتق "المدونة"؛ ففيها على اختصار ابن يونس: ومَنْ قال لله عليَّ عتق رقيقي هؤلاء؛ فليوف بما وعده، وإن شاء حبسهم ولا يُجْبَر على عتقهم؛ لأن هذه عدة جعلها الله من عمل البر، فيؤمر بها ولا يجبر عليها، وإنما يعتقهم عليه السلطان أن لو حلف بعتقهم، فحلف أو أبت عتقهم بغير يمين، وأمَّا إنْ كان نذرًا أو موعدًا؛ فإنه يؤمر

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤٠٥/١٠، والاستذكار: ١١/١.

(٢) اخرجه البخاري، برقم (٦٦٩٦) والترمذي، ر قم (١٥٢٦).

أن يفي ولا يجبر عليه[١].

ابن المواز: قال أشهب: إذا قال لله عليَّ عتق رقيقي فأمر بعتقهم، فقال: لا أفعل، قضي عليه بعتقهم. وإن قال: أنا أفعل ترك، وإن مات قبل أن يفعل لم يعتقوا عليه في ثلث ولا غيره[٢].

ابن عبد السلام: وهو الأقرب لتعلق حق الآدمي بذلك وهو معين، ولا سيما وذلك الحق عتق والشرع متشوف إليه. وقوله على النسخة الأولى بالبت؛ أي: وقامت عليه بينة أو أقر بذلك. وقوله على الثانية بالبينة، وكذلك الإقرار.

(ص): (**المُعْتَقُ: كُلُّ رقيقٍ لَمْ يَتَعَلَّق بِعَيْنِهِ حَقٌّ لازِمٌ**)

(ش): أطلق الرقيق على القن ومن فيه شائبة، واحترز بقوله: (لَمْ يَتَعَلَّقْ بعَيْنِه حَقٌّ) من العبد الجاني، وعبد الْمِدْيَان، والمرهون، والمستأجر، وأحد المكاتبين وإن كان يتوقف صحة عتقه على إذن من له الحق، وبعضهم يلزم فيه العتق، لكن لا يظهر فيه آثار الحرية إلا بعد سقوط الحق، والذي يلزم رقبته بغير السيد؛ فلذلك أخرج هؤلاء؛ لأن العتق لا يتصور فيهم بوجه.

وأورد المدبر والمكاتب والمقاطع بأنه تعلق بعينهم حق لازم مع أن عتقهم يصح.

وجوابه: أن المعنى حق لازم؛ أي: لآدمي غيره.

وأَوْرَد أن العبد المرهون لم يتعلق الحق بعينه؛ لان الدين متعلق بالذمة، ألا ترى أنه لو مات تعلق الدين بالذمة، فينبغي أن يصح عتقه على هذه الكلية مع أنه لا يصح، قيل: لا نسلم أولا أن الحقَّ لم يتعلق بعينه، وإنما الدين لم ينحصر فيه سلمنا، ولا نسلم عدم صحة عتقه، فإنه يصح ويتوقف على الإتيان برهن مكانه كما تقدم[٣].

(ص): (**الصِّيغَةُ: الصَّرِيحُ: كالتَّحْرِيرِ، والإِعْتَاقِ، وَفَكِّ الرَّقَبَةِ**)

(ش): هذا هو الركن الثالث، وقسم الصيغة قسمين: صريح، وغيره، ومَثَّل الصريح بالتحرير، والإعتاق، وفك الرقبة. وأشار بقوله: (كالتَّحْرير) إلى أنَّ كلَّ مشتق من هذه هو كالمصادر، وكذلك هو منصوص عليه؛ ففي "المدونة": ومَنْ قال لعبده ابتداء ولا سبيل لي عليك عتق، وأَنَّ على هذا الكلام جواب الكلام قبله؛ صدق في أنَّه لم يرد

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٩٥/٦، وحاشية الدسوقي: ٦٣/١٩.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٧٤/٢، والثمر الداني: ٥٤٥/١.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ٢٤٧/١، والتلقين: ٢٠٣/٢.

عتقه ولم يلزمه، فإن قال: أنت حرة، وقال: لم أرد الإعتاق وإنما أردت الكذب؛ ففي "المدونة": لا يقبل ذلك ظاهره ولا فيما بينه وبين الله عزَّ وجَل. وقال أشهب: يقبل.

اللخمي: وقوله أحسن إن صدقته الأمة وإلا لزمه[1].

فرع:

وعلى هذا ما لم تكن هناك قرينة تصرف اللفظ عن إرادة العتق؛ ففي "المدونة": ومن عجب من عمل عبده أو من شيء رآه منه، فقال: ما أنت إلا حر. أو قال له: تعال يا حر، ولم يرد شيئًا من هذه الحرية، وإنما أراد أنك تعصيني فأنت في معصيتك إياي كالحر؛ فلا شيء عليه في الفُتيا ولا في القضاء. وفي "المدونة": في عبدٍ طبخ لسيده طبخًا فأعجبه طبخه، فقال: أنت حر. فقامت عليه بذلك بينة أنه لا شيء عليه؛ لأن معنى قوله: أنت حر الأفعال، ولو مر به على عاشر، فقال: إنه حر ولم يُرد بذلك الحرية؛ فلا عتق له فيما بينه وبين الله عزَّ وجل، وإن قامت بينة لم يعتق أيضًا إذا علم أن السيد دفع بذلك القول عن نفسه ظلمًا[2].

اللخمي: ولو قال العاشر: لا أدعك إلا أن تقول إن كانت أمة فهي حُرَّة، فإن كان ذلك بغير نية العتق لم يلزمه شيء، وإن نوى العتق وهو ذاكر أن له أن ينويه؛ كانت حرة؛ لأنه لم يكره على النية[3].

قال في "المدونة": وإن قال له أنت حر اليوم عتق للأبد، وإن قال: أنت حر اليوم من هذا العمل، وقال: إِنَّما أَرَدت عِتْقه من العمل ولم أُرِد الحرية؛ صدق في ذلك مع يمنيه، ويلزمه ألا يستعمله في ذلك اليوم. سحنون، وإن قال له: تصدقت عليك بعملك، أو خراجك، أو خدمتك حياتك؛ كان حُرًّا. وخرج اللخمي خلافًا في مسألة سحنون هذه من الخلاف في أم الوليد إذا حرم وطؤها، هل يلزمه بتعجيل عتق أم الولد لبقاء أرش الجناية عليها لسيدها؟ وفيه نظر؛ لأن موجبها العتق في مسألة سحنون إنما جاء من لفظه الظاهر في إخراج الملك، فادعاؤه بعد ذلك أنه أراد بقاء الأرش وشبهه مخالف لما دل عليه، بخلاف أم الولد إذا حرم وطؤها، فإن السيد لم يلزم فيها حرية،

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٧٤، والثمر الداني: ١/٥٤٥.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٤٧، والتلقين: ٢/٢٠٣.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٠، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٠.

وإنما التزم ذلك بفعله، والفعل لا يدل بنفسه كما هو مقرر في محله فكان أضعف[1].

سحنون: ولو قال تصدقت عليك بخراجك وأنت حر بعد موتي فهو كأم الولد.

اللخمي: يريد يعتق من رأس ماله. قال: وقد اختلف في هذا الأصل هل يكون من الثلث؟

ابن القاسم في "الموازية": وإن قيل له في عبده: مَنْ رب هذا العبد؟ فقال: لا رب له إلا الله. أو قيل له: أمملوكك هو؟ قال: لا. أو قيل له: أَلَك هو؟ فقال: ما هو لي. فلا شيء عليه فذلك كمن قيل له: ألك امرأة، أو هذه امرأتك؟ قال: لا. فلا شيء عليه إن لم يرد طلاقًا ولا يمين عليه. وقال عيسى: يحلف فيه وفي العتق. وفي "الموازية": فيمن سئل عن أم ولده، فقال: ما هي إلا حرة، فلا شيء عليه إن لم يرد العتق.

ابن القاسم: وإن شتم عبدًا حُرًّا فاستعدى عليه الحر سيده، فقال: هو حر مثلك. قال: أراه حُرًّا.

وفي "المدونة": إن قال لأمته هي أختي أو لعبده هو أخي، فإن لم يرد به الحرية فلا عتق عليه. ولنقتصر على هذا لئلا نبعد عن كلام المصنف.

(ص): (**والكِنَايَةُ: كَوَهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ، وَاذْهَبْ، واغْرُبْ وَنَحْوِهِ، وَشَرْطُ الكِنَايَةِ: النِّيَّةُ**)

(ش): أما ما ذكره في (اذْهَب واغرُبْ) فظاهر. وأما (وَهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ) فبعيد، ولا يكاد يوجد ما ذكره المصنف فيه من اشتراط النية. قال في "المدونة": ومَنْ قال لعبدك قد وهبت لك نفسك، أو عتقتك، أو تصدقت عليك بعتقك؛ فهو حر، قبل ذلك العبد أو لم يقبل.

قال غيره: إذا وهب فقد وجب العتق ولا ينظر في هذا منه قبول، مثل: الطلاق إذا وهبها إيَّاه فظاهره عدم الاحتياج إليه. وقال الغير: تفسير لا خلاف.

مالك: فإن وهب لعبده نصفه فهو حر كله[2].

ابن القاسم: وولاؤه كله لسيده، وكذلك إذا أخذ منه دنانير على عتق نصفه أو على بيع نصفه[3].

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٠، والكافي: ١/٩٦١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٢، وإرشاد السالك: ١/٢٠٦.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٤٥، ومنح الجليل: ٢٠/١٧٨.

(ص): (وَأَلْحَقَ ابنُ القَاسِمِ نَحْوَ: اسْقِنِي الْمَاءَ بالنِّيَّةِ)

(ش): هذا كالطلاق سواء، ولإلحاقهم هذا بالطلاق قالوا: ولو قال يدك حرة ونحو ذلك لزمه عتق جمعيها، فلذلك ألحقوا تمليك المملوك بتمليك الزوجة باشتراط جوابه في المجلس وغير ذلك من أحكام التمليك.

اللخمي: والطلاق ما اجتمع فيه نية ولفظ، وأن يكون اللفظ لفظ الطلاق. واختلف إذا انفرد أحد هذه الأوجه الثلاثة، وفي كل وجه قولان وهي أربعة أوجه، وفي كلام المصنف حذف تقديره: وألحق ابن القاسم بالكناية نحو اسقني، والباء في (الكناية) للإلصاق، والباء في (بالنّيَّة) للمصاحبة؛ أي: مصحوبًا مع النية، أو للسببية أو للاثنين مجازًا.

(ص): (وَلَوْ قَالَ في المُسَاوَمَة: عَبْدي حُرٌّ لَمْ يَلْزَمْهُ شيءٌ)

(ش): يعني: أن ما قدَّمه من صريح ألفاظ العتق قد يقترن به ما يخرجه من ألفاظ العتق، كمن قال في حال المبايعة: عبدي حر يمدحه، أي: حر الأفعال.

(ص): (وَلَوْ قَالَ البَائعُ: إنْ بِعْتُهُ فَهُوَ حُرٌّ، وقَالَ المُشْتَري: إنْ اشْتَرَيْتُهُ فَهُوَ حُرٌّ؛ فَبَاعَهُ عَتَقَ عَلَى البَائِعِ ويُرَدُّ ثَمَنُهُ...)

(ش): استغنى المصنف ببيان الحكم في هذه المسألة عن بيان حكم ما لو قال البائع: إن بعته فهو حر[1]. أو قال المشتري: فهو حر فقط؛ لأن معرفة المركب تستدعي معرفة أجزائه، وقد تقدم في باب (الطلاق) الكلام على هذه المسألة. وقد اختلف إن قال البائع: إن بعتك فأنت حر، فمذهب "المدونة" كما ذكره المصنف أنه يعتق على البائع، ونقل عن عبد الملك: أنه لا يعتق وهو القياس؛ لأن العتق إنما يقع بتمام البيع وهو حينئذٍ قد انتقل إلى ملك المشتري، فيكون البائع قد أعتق ملك غيره، للمشهور ثلاثة اعتذارات:

الأول سحنون: أنه يعتق على البائع بنفس قوله: بعت، قبل أن يقول المشتري: اشتريت؛ لأنه إنما علق على فعل نفسه. قال: كما أجمعوا في الوصي يعتق بعد موته، وإن كان الميت إنما أوصى أنه يعتق بعد خروجه عن ملكه فكذلك هنا، وبمثل هذا احتج ابن شبرمة في "المدونة"، وضعف بأن حقيقة البيع عُرفًا الإيجاب والقبول[2].

(١) انظر: الذخيرة: ٤٠٥/١٠، والاستذكار: ١١/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٩٥/٦، وحاشية الدسوقي: ٦٣/١٩.

والاعتذار الثاني لابن المواز: البيع والعتق وَقَعا معًا فلزم أقواهما وهو العتق، واستدل على قوته بتبديته في الوصية استكماله على الشريك؛ وضعف لأن البيع عِلَّة العتق إنما هو بالحمل، وذلك إنما يكون إذا لم يناف قاعدة شرعية. **القاعدة الشرعية:** هو أن البيع عِلَّة لنقل الملك بالشروع بحيث لا ينفك أحدهما عن صاحبه.

والاعتذار الثالث للقاضي إسماعيل: إن بعتك فأنت حر قبل بيعي إيَّاك، وفيه نظر.

ابن عبد السلام: ورأيت في بعض تآليف المتأخرين قولا في مسألة المصنف أن العتق يلزم المشتري، ولو انفرد المشتري بالعتق لعتق عليه، ويجري فيه الخلاف الذي في التزام الطلاق، ويحمل في مسألة المصنف بالتحريم ثلاثة أقوال، واختلف إذا عتق على البائع هل يفتقر إلى علم أم لا؟ وإذا انتقض البيع وعتق عليه نفى المال للبائع إن انتزعه، أو وقع البيع وأتبع منهما قبل العتق، وإن استثناه المشتري كان للعبد لانتقاض بيعه، ولو أهلك البائع الثمن قبل نقض البيع لم يرد عتق البائع وأتبع السيد بالثمن[1].

وأما على قول ابن الماجشون وإسماعيل؛ فالمال للسيد؛ لان العتق يتبع البيع، وفيه نظر. وفي "العتبية" عن ابن القاسم، من قال: أول عبد أبتاعه فهو حر، واشترى رقيقًا صفقة واحدة؛ فإنه يحنث في جميعهم، بمنزلة الذي يقول أول عبد أبتاعه فابتاع شقصًا من عبد؛ فإنه يقوم عليه باقي العبد، ونظير هذه المسألة إذا قال: إن خالعتك فأنتِ طالق ألبتة فخالعها؛ أنها ترجع عليه بالمال وتلزمه ألبتة. ويعارضها قوله في (كتاب الأيمان) بالطلاق من "المدونة": إذا مت أنا أو مت أنت فأنتِ طالق؛ فإنه قال: لا شيء عليه.

(ص): **(وإِنْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَكُلُّ مَمْلوكٍ لِي حُرٌّ؛ عَتَق كُلُّ مَنْ فِي مِلْكه، والمُدَبَّرُ، وأُمُّ الوَلَدِ، وَأَوْلادُ عبيدهِ مِنْ إِمَائِهِمْ وَإِنْ وُلِدُوا بَعْدَ يَمِينِه، بخلاف عَبِيد عَبِيدِهِ، فَإِنَّهُمْ تَبَع كَمَالِهِمْ، وبخلاف " كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا ")**

(ش): حذف المصنف (فحنث) لدلالة قوله (عتق) وفرضها المصنف في العتق المعلق، واستغنى بها عن غير المعلق وجمعهما في "المدونة".

وقوله: (مَنْ في مِلْكِهُ) أي: حين اليمين لا في المستقبل، وأطلق على الذكور والإناث، وقد نصَّ المصنف في الأصول على أنه مذهب الأكثر، واختلف قول سحنون في (مماليكي) الذي رجع إليه وهو مذهب المدونة أنه يشمل الإناث أيضًا[2].

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٧٤، والثمر الداني: ١/٥٤٥.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٤٨، والتلقين: ٢/٢٠٤.

سحنون: ولو قال رقيقي؛ عتق عليه الذكور والإناث. وحكى عياض الاتفاق على ذلك، ولو قال: عبيدي، لم يعتق إلا الذكور، وذهب فضل إلى دخول الإناث في لفظ العبيد، وكذلك قال اللخمي: الصواب دخولهن في عبيده؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا رَبُّكَ بِظَلَامٍ لِلْعَبِيدِ﴾ [فصلت: ٤٦] لأنه من الجمع المكسر. قال في "البيان": ونقل ابن سحنون عن أبيه أنه رجع إلى دخولهن، وكلام المصنف ككلامه في "المدونة"؛ ففيها: وإن قال كل مملوك لي حر في غير يمين حنث بها؛ عتق عليه عبيده ومدبروه ومكاتبوه وأمهات الأولاد وكل شقص في مملوك ويقوم عليه بقيته إن كان مليًّا، ويعتق عليه بقيمته إن كان مليًّا، ويعتق عليه أولاد عبيده من إيمائهم ولدوا بعد يمينه أو قبل؛ لأن الأولاد ليسوا بملك لآبائهم، إنما هم ملك للسيد، وأمَّا عبيد عبيده وأمهات أولادهم فلا يعتقون ويكون لهم تبعًا.

وقول المصنف: (وَأَوْلادُ عَبيدِهِ) مع كونِهِ فرض المسألة في صيغة برٍّ يقتضي أن يكون ذلك في الحنث لا في البر، وإلى هذا رجع ابن القاسم. وعلى هذا فلا خلاف في دخول الأولاد في الحنث كُنَّ حوامل يوم اليمين أو لا؛ لأن الأمهات مُرْتَهِنات باليمين لا يستطيع وَطْأَهُنَّ ولا بَيْعَهُنَّ. واختلف في دخولهم في البرِّ؛ أعني: إذا حملن بعد اليمين، وأمَّا إن كُنَّ حوامل يوم اليمين فدخول الأولاد اتِّفاقًا.

ابن القاسم: وعدم دخولهم أصوب(١).

وقوله: (بِخلافِ عَبِيدِ عَبيدِهِ؛ إِنَّهُمْ تَبَعٌ) أي: للعبيد المعتقين، وعُورضت هذه المسألة في نذور "المدونة" فيمَنْ حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده أنه حانث. ورأى بعضهم أن ذلك اختلاف قول، وفرَّق اللخمي بأن الأعمال تراعى فيها النيات، والقصد في هذا اليمين عُرفًا رفع المنة، والمؤنة تحصل بركوب دابة العبد؛ ولأن الحنث يقع بأدنى سبب(٢).

اللخمي وغيره: وظاهر "المدونة" أنه يعتق على الخلاف إذا حنث جميع العبيد الذين له فيهم شرك. وذهب ابن المواز وابن القابسي إلى أن معنى ما فيها أن يكونَ لَهُ شريك في كلِّ عبد، وأما لو كانوا عبيدًا بينه وبين رجل؛ فإنهم يقسمون، فما صار للحالف عتق.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٢٩١/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٢/١٠.

(٢) انظر: بلغة السالك: ١٤١/٢، والكافي: ٩٦٢/١.

وقوله: (**بِخلافِ " كُلُّ امْرَأَةٍ أَتزَوَجُهَا "**) أي: لا يلزمه به طلاق من هي في عصمته، ولا فيمن يتزوجها في المستقبل؛ لأن قوله: (كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي) مخصص، بخلاف قوله: (أتزوجها) فإنه مستقبل، فهو عام، فاللزوم فيه خرج، ولهذا ما كان يحتاج المصنف إلى ذكر هذه المخالفة.

(ص): (**وَإِنْ قَالَ: فكُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَكَذَلِكَ، بخلاف " كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ أَبَدًا " فَإِنَّهُ لا يَعْتِقُ مَنْ فِي مِلْكِهِ...**)

(**ش**): يعني: أن المضارع يتنزل منزلة قوله: كل مملوك لي. وأشار بذلك إلى لزوم العتق فيمن ملكه، وهذا ظاهر؛ بناءً على القول بأن المضارع ظاهر في الحال. وذكر اللخمي في هذا خلافًا، هل يحمل على الماضي، أو على الاستقبال؟ لكنه قال: المعروف عند الناس ما ذكره المصنف أنه يحمل على الحال، قال: ولولا العادة لرأيت أن يسأل الناس هل أراد ما في ملكه أو ما يملكه.

وَأَمَّا قوله: (**بِخلاف " كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ أَبَدًا "**) فهو محمول على الاستقبال بلا شك؛ لما صحبه من لفظ الأبد الدَّالة على الاستقبال، فلذلك لم يلزمه من في ملكه لتعميمه، فهو كقوله: كل امرأة أتزوجها طالق. ولهذا لو قال: أملكه إلى عشرين سنة أو ثلاثين للزمه اليمين. ووقع في "المدونة" في هذه المسألة اضطراب في الرواية، و"المدونة" أَوْلى بذلك، فلذلك تركته[1].

(ص): (**خَوَاصُّ العِتْقِ: السِّرَايَة، والعِتْقُ بالقَرَابَة وبالمُثْلَةِ، والحَجْرُ عَلَى الْمَرِيض فِي الزَّائِدِ عَلَى الثُّلثِ، والقُرْعَةُ وَالْوَلاءُ...**)

(**ش**): الخاصة: الوصف المختص بالماهية، فالسراية إلى ملك الغير لا توجد إلا في العتق، وقد يعترض على إتيانه بالسراية والعتق بالقرابة، فإن عدمهما هنا إنَّما يحسن لو كان يتوهم دخولهما في غير العتق، وقد يُقال لا نسلم أن من شرط الخاصة أن يتوهم وجودها في غير تلك الماهية. وهذا الكلام أيضًا يأتي في العتق بالثلث، ثُمَّ إِنَّه يعترض على مذهب سحنون أَنَّ المرأة تطلق بالمثلة، إلا أَنْ يُقال بناء على المشهور، وليس الحجر على المريض في الزائد على الثلث خاصًّا بالعتق بل فيه وفي غيره، وكذلك القرعة تأتي في قسمة المشترك والقسمة بين الزوجات.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٣، وإرشاد السالك: ١/٢٠٧.

(ص): (**السِّرَايَةُ: وَمَنْ أَعْتَقَ جُزْءًا أَو عُضْوًا مِنْ عَبْدِهِ سَرَى، وَفِي وُقُوفِ العِتْقِ عَلَى الحُكْمِ رِوايَتَانِ...**)

(ش): هذا شروع منه في الكلام على الخاصة الأولى.

قوله: (جُزْءًا) أي: كالثلث والربع والسدس. (أَوْ عُضْوًا) كاليد والرجل. (سَرَى) أي: عتق عليه جميعه. والرواية: بوقف السراية على الحكم.

اللخمي: وهو المعروف من المذهب في (كتاب الجنايات).

والرواية الأخرى نقلها عبد الوهاب هو ظاهر ما في عتق "المدونة". ومن قال لعبده: يدك حُرة أو رِجْلك حرة؛ عتق عليه جميعه. وحكى اللخمي في هذه المسألة وفيها إذا كانت البقية لغيره ثلاثة أقوال:

قال: واختلف قول مالك هل تكون بقية العبد عِتْقًا كله بنفس العتق الأول، أو بعد الحكم؟ فقال مَرَّة: بعد الحكم، وفرق مرة، فقال: إن كان جميعه له فأعتقَ بعضَه؛ كان عتيقًا كله بنفس العتق، وإن كان له شرك؛ فحتى يحكم، واختاره اللخمي[١].

وقوله: (عَلَى الحُكْمِ) فكيف جعل المصنف السراية من خواص العتق قبل السراية حاصلة على قول، أو يقال السراية حاصلة وإنما اختلف في كونها مشروطة بالحكم أم لا، وفي هذا الثاني نظر؛ لأنهم جعلوا الرواية بالسراية قسيمة للحكم[٢].

(ص): (**وَمَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا قُوِّمَ عَلَيْهِ البَاقِي بِشُرُوطٍ: الأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا**)

(ش): لما في "الموطأ"، والصحيح أَنَّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ؛ قُوِّمَ عَلَيْه قِيمَةَ عَدْلٍ، وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَأَعتقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ**"[٣]. وإلا فقد عتق منه ما عتق، يدل عليه أن العبد لا يستسعى في بقيته، وهو مذهبنا خلافًا للحنفية.

وقوله: (الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا) دَلَّ على اعتبار هذا الشرط؛ لقوله: (قُوِّمَ). ويعلم عسره بأن لا يكون له مال ظاهر، وسأل عنه جيرانه ومن يعرفه، فإن لم يعلموا له مالا حلف ولم يسجن، قاله عبد الملك.

سحنون: وقاله جميع أصحابنا، إلا اليمين فلا يستحلف.

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٤٦، ومنح الجليل: ٢٠/١٧٩.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٠/٤٠٦، والاستذكار: ١/١٢.

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٥٠٣) ومسلم، برقم (١٥٠٤).

اللخمي: وهذه المسألة أصل في كلِّ ما لم يكن أصله معاوضة أنه لا يضيق فيه كالمداينة. ثُمَّ فَسَّر المصنف اليسار بقوله:

(ص): (بِأَنْ يَفْضُلَ عَنْ قُوتِهِ الأَيَّامَ وَكِسْوَةِ ظَهْرِهِ كالدَّيْنِ، ويُبَاعُ مَنْزِلُهُ وشَوَارُ بَيْتِهِ، وَقَال أَشْهَبُ: بِأَنْ يَفْضُلَ عَنْ مَا يواريه لِصَلاتِهِ...)

(ش): هكذا في "المدونة" في العتق: أنه يباع عليه شوار بيته والكسوة ذات المال، فلا يترك له إلا كسوته التي لا بُدَّ منها وعيشه الأيام اليسيرة. وفسر في "الواضحة" الأيام بالشهر ونحوه، ولم يذكر في "المدونة" هنا الزوجة. وفي سماع ابن القاسم: وشك في كسوة زوجته هل تسلم[1].

وقال سحنون: لا تترك له كسوة زوجته. عياض: والشوار - بفتح الشين - المتاع، وأما بضمها فالجمال، قاله في النكاح. وفي قول أشهب بعد[2].

وقال ابن الماجشون: لا يترك له إلا مثل الثوب والشيء الخفيف، وما لا يباع على المفلس، وهو قريب من قول ابن القاسم. قال في "كتاب ابن سحنون": وإن كان له بعير شارد أو عبد آبق أو ثمرة موصوفة ما لم تطب، فإن كان قريبًا انتظر، وإن كان بعيدًا لم ينتظر. قال: وهو قول أصحابنا[3].

الباجي: إن كان له مدبرون أو معتقون إلى أجل؛ فلا حكم للقيمة في مثل هذا. وأَمَّا ديونه، فقال ابن الماجشون: إن كانت عليه أملياء حضور وأحدها قريب؛ قوم ذلك وتتبع ذمته، وإن كانت نسيئة أو أهلها غيب؛ فليس عليه أن يخرج عبده.

وفي "الموازية": ينتظر دينه ويمنع شريكه من البيع ويتلوم له تلومًا لا ضرر فيه.

(ص): (والمَرِيضُ فَقِيرٌ إلا في الثُّلُثِ)

(ش): يعني: أن المريض إذا عتق شقصًا له في عبد فهو كالفقير إلا أن يحمله الثلث؛ لأن له أن يتصرف فيه، وظاهر قوله: (إلا فِي الثُّلُثِ) أنه فيه كالصحيح يقوم فيه ويعجل عتقه، وهذا القول حكاه هكذا في المقدمات، ورجع مالك في "المدونة" إلى أنه لا يقوم عليه إلا إذا كان له مال مأمون؛ ففيها: وإذا أعتق المريض شقصًا له أو نصف عبد، فإن كان ماله مأمونًا؛ عتق عليه الآن جميعه وغرم قيمة نصيبه، وإن كان ماله غير

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٧٥، والثمر الداني: ١/٥٤٦.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٩٦، وحاشية الدسوقي: ١٩/٦٤.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٤٨، والتلقين: ٢/٢٠٤.

مأمون؛ لم يعتق نصبه ولا نصيب شريكه، إلا بعد موته فيعتق جميعه في ثلثه. وحمل غير واحد كلامه في "المدونة" على أنه إذا كان له مال مأمون أنه يقوم عليه الآن ولا يعتق إلا بعد الموت، وكذلك نص عليه في "الموازية"، وقيل: لا يقوم إلا بعد الموت، كان له مال مأمون أم لا[١].

عياض: وفيها قول رابع: أنه لا يقوم في نصيب الشريك في مرضه، وإنما يعتق عليه في الثلث شقصه فقط، إلا أن يصح فيقوم عليه، إلا أن تكون له أموال مأمونة فيقوم عليه، وهو قول عبد الملك وابن حبيب. وفيها قول خامس حكاه ابن سحنون: يخير الشريك بين التقويم وقبض الثمن ويبقى كله للمعتق مَوْقُوفًا، فإن قلت: عتق عليه أو ما حمل الثلث وما بقي رقيق لورثته، وإن شاء تماسك بنصيبه إلى أن يموت شريكه فيقوم في ثلثه[٢].

(ص): **(والمَيِّتُ مُعْسرٌ لا كَالْمَرِيضِ، فَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَنَصِيبِي حُرٌّ لَمْ يَسْرِ عَلَيْهِ)**

(ش): الميت لا يقوم عليه كالمعسر، ولو كان أعتق في صحته ولم يعلم بذلك حتى مات، نص عليه في "المدونة" وإن معسر؛ لأن المال قد انتقل إلى ورثته، ولا تقويم على الورثة؛ لأنهم لم يعتقوا، وشبه المصنف المريض بالفقير والميت بالمعسر، إما لأنه غاير بينهما باللفظ، وإما لأن المريض لما كان له تصرف في ماله فالنفقة والمبايعة حسن تشبيهه بالفقير الذي له تمكن في الغالب من المعاملات، والميت لما لم يكن له تصرف أصلا شبه بالْمُعسر.

مالك وغيره: وإن لم يعلم الشركاء بعتق الشريك إلا بعد موت المعتق أو فلسه؛ لم يعتق من العبد إلا ما كان أعتق. أشهب عن مالك: وإن أعتق حصته ولم يقم عليه حتى مات، فإن مات يحدثان ذلك قوم عليه في رأس ماله؛ لأنه حق ثبت لشريكه لم يفرط فيه، فإن فرط في ذلك لم يعتق في رأس مال ولا ثلث.

سحنون: وأنا أقول في المعسر لا تقوم عليه وإن مات بحدثانه.

أشهب عن مالك: ولو أعتق بعض عبده في صِحَّته فلم يقم عليه؛ حتى مات مكانه أو فلَّس؛ لم يعتق عليه إلا ما أعتق.

سحنون: وهذا قول أصحابنا جميعًا. وذكر ابن حبيب عن مطرف عن مالك: إن

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩١، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٢.

(٢) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤١، والكافي: ١/٩٦٢.

غاصبه الموت عتق عليه باقيه، وإلا لم يعتق عليه إلا ما عتق.

وقوله: (فَلَوْ قَالَ) عطفه بالفاء ليرتب على ما قبله، ولو قال عوض قوله: (لَمْ يَسْرِ) (لم يعتق) لكان أحسن؛ لأن السراية لا تلزم نفي الحكم. ومقابل الأصح حَكَاه ابن الجلاب، فقال: قد قيل إنه لم يكمل عليه في ثلثه. ثُمَّ في قول المصنف: لم يسرِ على الأصح نظر من وجه آخر؛ لأن مُقْتَضاه أنه يسري على مقابله، وظاهر الجلاب خلافه. أما لو أوصى بالتكميل لكان وصية تكمل عليه في ثلثه، قاله في "الموازية" و"العتبية"، وقاله أصبغ.

(ص): **(فَلَوْ كَانَ مُوسِرًا بِالبَعْضِ سَرَى فِيهِ)**

(**ش**): أي: لو كان المعتق موسرًا ببعض نصيب شريكه سرى في ذلك البعض.

وقوله: (سَرَى) أي: يريد بالحكم على أصحِّ الروايتين[1]. وعبارته في "المدونة": قوم عليه بقدر ما معه، وهي أحسن.

(ص): **(وَلَوْ رَضِيَ الشَّرِيكُ بِاتِّبَاعِ ذِمَّةِ المُعْسِرِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ عَلَى الأَصَحِّ)**

(**ش**): لأنَّ الموجب للتقويم اليسر، فليس للشريك أَنْ يرتب دَينًا في ذمته؛ ولأنَّ الأصل ألا يلزمه إلا ما تقرضه، خالفنا ذلك في الموسر لنص الحديث، ويبقى ما عَدَاه على الأصل، ومقابل الأصح لابن المواز، وجعل الحديث في ترك الاستكمال لحقِّ الشريك خاصة، والأصح لابن القاسم في "الواضحة" وهو قول ابن القاسم في (كتاب أمهات الأولاد).

ابن يونس: وهو ظاهر قول مالك، وابن القاسم في "المدونة"، وهو أشبه بالحديث.

(ص): **(ولا يَلْزَمُ اسْتِسْعَاءُ العَبْدِ، ولا أَنْ يَقْبَلَ مَالَ الغَيْرِ ويُعْتَقُ بِهِ)**

(**ش**): تقدَّم أَنَّ مذهبنا عدم استسعاء العبد، ونقل لمالك في "الواضحة " إِلا أن العمل عليه، ودليله الحديث المتقدم، وإلا فقد عتق منه ما عتق، وإن كان اختلف في هذه الزيادة ه من كلامه عليه الصلاة والسَّلام أو من قول قانع. والأصل التمسك بأنها من قوله عليه الصلاة والسلام، وأما قوله عليه الصلاة والسلام من حديث قتادة: "**مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي عَبْدٍ فَخَلاصُهُ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتُسْعِيَ**

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٩٣/١٢، وإرشاد السالك: ٢٠٧/١.

الْعَبْدُ"[١]. غير متفق عليه.

فقال أبو عمر: روى هذا الحديث شعبة بن الحجاج وهشام الدستوائي وهمام بن يحيى عن قتادة بسنده، ولم يذكروا فيه السعاية وهي أثبت من الذين ذكروها[٢].

وقوله: (وَلا أَنْ يَقْبَلَ مَالَ الغَيْرِ) أي: ولا يلزم المعتق قبول مال الغير ليكمل العتق، ويحتمل: ولا يلزم العبد أن يقبل مال الغير ليعتق به، قاله ابن راشد.

واقتصر ابن عبد السلام على الأول، وفي بعض النسخ: العبد بالدال وهي ظاهرة.

(ص): **(وإِذَا حُكِمَ بِسُقُوطِ التَّقْوِيمِ لإعْسَارِهِ فَلا تَقْوِيمَ بَعْدُ)**

(**ش**): أي: لإعسار المعتق (فلا تَقْوِيمَ بَعْدُ) أي: إذا أيسر؛ لأنه حكم مَضَى، ويدخل في قوله: (لإعْسَارِهِ) ما إذا أنشأ العتق في حال العُسر، وأَمَّا إذا أنشأ في حال اليسر ولم يرفع إلى الحاكم إلا بعد العسر على القول بأن العتق يتوقف على الحكم[٣].

(ص): **(وَلَوْ لَمْ يُحْكَم فَأَيْسَرَ ففي إِثْبَاتِهِ رِوَايَتَانِ)**

(**ش**): ولو لم يحكم بسقوط التقويم للإعسار، وكلامه يعم إذا كان حال العتق معسرًا أو موسرًا ثم أعسر، لكنَّ الروايتين إنما وقعتا في "المدونة" وغيرها فيما إذا أعتق وهو معسر.

والضمير في قوله: (ابتاعه) عائد على التقويم وهو موسر. فقال شريكه: أنا أقوم عليه ولا أعتق. فلما قوم عليه وجده مُعدمًا فإن العبد عتق على الأول، وأتبعوه هذا بالقيمة في ذمته؛ لأنه ضمنه في وقت له تضمينه فيه، كمَنْ أعتق وعليه دين وعنده وفاء به.

قال ابن القاسم: له أن يرجع إلى نصف العبد فيأخذه. والرواية الأولى لمالك في "المدونة"، والرواية الأخرى وهي التي رجع إليها؛ لكنها مقيدة بقيدين أهملهما المصنف:

الأول: أن يكون عسره بَيِّنًا. **والثاني**: أن يكون العبد حاضرًا. قال فيها، ثم قال: إن كان يوم عتق يعلم الناس والعبد. والتمسك بالرواية إنما ترك القيام؛ لأنه إن خُوصِم لم يقوم عليه لعدمه، فلا يعتق عليه وإن أيسر بعد ذلك، وأما إن كان العبد غائبًا ولم يعلم

---

(١) انظر: صحيح البخاري، رقم (٢٥٠٤) ومسلم رقم (١٥٠٤).

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٤٤٦/٨، ومنح الجليل: ١٧٩/٢٠.

(٣) انظر: الذخيرة: ٤٠٦/١٠، والاستذكار: ١٢/١.

حتى أيسر المعتق لقوم بخلاف الحاضر.

ابن الكاتب: ولا يجوز أن يقوم العبد الغائب وإن علم موضعه وصفته؛ لأنه لا بُدَّ من انتقاد قيمته، والنقد في بيع الغائب لا يجوز. قال: وكذا العبد المفقود لا يقوم.

ابن القاسم: وإن كان العبد قريب الغيبة مما يجوز في مثله اشتراط النقد في بيعه لزم تقويمه إذا عُرِف موضعه وصفته، وتنتقد القيمة لجواز بيعه(١).

مالك في "الموازية": وإن أعتق في يسره ثُمَّ قيم عليه في عسره، فلا شك أنه لا يقوم.

(ص): (**الثَّانِي: أَنْ يَحْصُلَ عِتْقُ الجُزْءِ بِاخْتِيَارِهِ أَوْ بِسَبَبِهِ، فَلَو وَرِثَ جُزْءًا مِنْ قَرِيبِهِ لَمْ يَسْرِ، ولو اتَّهَبَهُ أو اشْتَرَاهُ سَرَى...**)

(**ش**): الشرط الثاني في التكميل: حصول عتق الجزء باختياره أو بسببه، احترازًا من الميراث لأنه جبري، فلذلك لا يعتق عليه إلا ما ورث ولو كان مليًّا؛ لأنه لم يعتق إنما أعتق عليه، فلم يدخل في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**مَنْ أعتق**".

وقوله: (وَلَو اتّهَبَهُ أَو اشْتَرَاهُ) بيانًا لما ذكره من التسبب. ومعنى (اتَّهَبَهُ): طاوع على قبوله من الهبة، وخالف عبد الملك في الهبة والوصية، فقال: لا يقوم عليه إن اتَّهبه؛ أي: قبله؛ لأن ما وهب له منه أو أوصى لم يعتق عليه على كلّ حال قبله أو لا، وولاؤه للموهوب له، وهذا مبني على أن الموهوب ونحوه إذا لم يقبل الهبة يعتق ذلك الشقص وحده وهو مذهب. قال فيها: وولاؤه للميت؛ أي: في الوصية، ثم رجع فقال: للموصى له. ومذهب المدونة خلافه؛ لأنه قال في (كتاب الولاء): إذا أوصى له ببعض أبيه فإن قبله قوم عليه باقيه، وإن ردَّه فروي عن مالك أن الوصية تبطل(٢).

ابن يونس: وقاله أشهب وابن دينار. ووافق أصبغ ما في "الموازية" في الوصية: أنه إذا لم يقبل يعتق عليه ذلك ويكون ولاؤه للموصى له، قال: وأما في الصدقة عليه كله وإن لم يقبله فهو حر كله على سيده.

وقال ابن الماجشون: الوصية والهبة سواء قبلهما أو ردهما لا تقويم عليه لباقيه؛ لأن ذلك الشقص يعتق عليه بكل حال وولاؤه للموصى؛ لأنه عتق.

وتحصيل هذا الفصل: أنه لا خلاف في التكميل إذا اشترط بعضه، ولا في عدمه

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٩٦/٦، وحاشية الدسوقي: ٦٤/١٩.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٧٥/٢، والثمر الداني: ٥٤٦/١.

إن ورثه[١].

اللخمي: واختلف في الهبة والصدقة والوصية في ثلاثة مواضع في الاستكمال إذا قبل ذلك النصيب، وفي عتق النصيب إذا لم يقبل الهبة والصدق والوصية، وفي ولاء ذلك النصيب على القول بعتقه. وقال سحنون عن مالك وجميع أصحابه إلا ابن نافع في مسألة الميراث: إذا اشترى بعضه بعد ذلك أو وهب له لم يعتق عليه[٢]. وقال ابن نافع: يقوم عليه.

سحنون: ولا أعلم من يقول غيره. قال في "المدونة": وإن وهب الصغر أباه أو من يعتق عليه أو ورثه فقبل ذلك أبوه أو وصيه؛ فإنه يعتق عليه ذلك الشقص فقط، ولا يقوم على الصبي ولا على أبيه أو وصيه، فإن لم يقبل ذلك الأب أو الوصي فهو حر على الصبي لا على أبيه أو وصيه، وهذا الذي يؤخذ من قوله: (اتَّهَبَهُ) فإن مفهومه لو اتَّهَبُه عنه غيره أنه لا يكون كذلك.

(ص): (**الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمُبْتَدِئ لِتَبْعِيضِ العِتْقِ، فَلَوْ كَانَ بَعْضُهُ حُرًّا لَمْ يُقَوَّمْ، وَكَذَلِكَ لَوْ كانُوا جَمَاعَةً فالتَّقْوِيمُ عَلَى الأَوَّلِ**...)

(ش): **الشرط الثالث للتقويم**: أن يكون المعتق هو المبتدئ لتبعيض العتق، فلو كان لإفساد الرقبة فأحدث العتق فيهما؛ كما لو كان ثلثه حُرًّا، أو ثُلْثاه لرجلين فأعتق أحدهما نصيبه فلا تقويم عليه، وكذلك لو كانوا **جماعة** فالتقويم على الأول؛ أي: ولأجل اشتراطنا في التقويم أن يبتدئ بالعتق لو كان الشركاء في العبد جماعة فأعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الثاني بعده وهما مليان؛ قوم نصيب الثالث على الأول فقط؛ لأنه المبتدئ.

اللخمي: إلا أن يرضى الثالث أن يقوم عليه، فإن رضي بذلك قُوِّم على الثاني، ولا مقال للأول في ذلك؛ لئلا يستحق الاستكمال، وإنما استكمال حق صعب، فإن كان الأول معسرًا والثاني موسرًا فلا تقويم **على** الثاني. قال ابن نافع: يقوم عليه.

سحنون: وبالأول قال جميع أصحابنا.

(ص): (**فَلَوْ أُعْتِقَ اثْنَانِ مَعًا قُوِّمَ عَلَيْهِمَا عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا، وَقِيْلَ: عَلَى عَدَدِهِمَا**)

(ش): فلو كان لأحدهم نصف وللآخر ثلثه وللآخر سدسه فأعتق صاحب النصف

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٤٩، والتلقين: ٢/٢٠٥.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٢، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٣.

وصاحب السدس؛ لقوّم على المشهور على كل واحد على قدر نصيبه، والربع على قول عبد الملك، ووجهه ظاهر؛ لأن التقويم يترتب على فضل الأجزاء لو انفرد، وقد تقدمت نظائر هذه المسألة(١).

(ص): **(فَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُعْسِرًا فَفِي تَقْوِيمِ البَاقِي عَلَى المُوسِرِ قَوْلانِ)**

(ش): يعني: ولو كان أحد المعتقين معسرًا، فهل يقوم الجميع على الموسر، أو إلا ما كان يلزمه في ملاء صاحبه وهو قول عبد الملك، ونقله ابن حبيب عن المصريين، وروي أيضًا عن مالك.

(ص): **(ولا يُعْتَقُ إلا بَعدَ التَّقْويمِ ودَفْعِ القِيْمَةِ عَلَى أَظْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ)**

(ش): مقابل الأظهر القول بالسراية، ومقتضى كلامه رحمه الله أنه لا يعتق على الأظهر إلا بعد شيئين؛ التقويم، ودفع القيمة. واستغنى المصنف بالتقويم عن الحكم؛ لأنه غالبًا لا يكون إلا بعد الحكم، وكانت أظهر - والله تعالى أعلم - لظاهر الحديث؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "**قُوِّمَ عَلَيْهِما قِيمَةَ عَدْلٍ، وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَأَعْتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ**". فذكر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ العتق بعد إعطائه القيمة. فإن قيل: إن الواو لا ترتب؛ قيل: جاء في بعض رواية النسائي بـ (ثم) عن سفيان، عن عمر، عن سالم، عن أبيه أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "**إِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا، فَإِنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ وَلا شَطَطَ ثُمَّ يعتق**"(٢). وجاء في رواية بـ (الفاء)، ويدل على اعتبار الحكم ما رواه النسائي من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**مَنْ أَعْتَقَ نَصِيبًا لَهُ في اثنين كُلِّفَ عِتْقَ مَا بَقِيَ**"(٣).

وقوله: (والثَّالِثُ) أي: وفي المسألة قول ثالث إن عمَّ المعتق بأن قال: نصيبي ونصيب غيري حر ونحوه، فالسراية وإن لم يعم فكالثاني. وجعل المصنف هذا القول في المسألة ابتداء، وإنَّما جعل ابن شاس مفرعًا، فقال، قال القاضي أبو محمد: أظهر الروايتين أن السراية تحصل بالتقويم ودفع القيمة للشريك.

ويتفرع على الروايتين مسائل:

إحداها: زمان اعتبار القيمة، فعلى أظهر الروايتين يوم الحكم إذا نص المعتق على

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٢، والكافي: ١/٩٦٣.

(٢) انظر: سنن النسائي الكبرى، رقم (٤٩٢١).

(٣) انظر: سنن النسائي: (٤٩٣٣، و٤٩٣٦، و٤٩٣٩، و٤٩٤٠).

نصيبه، وإن عمم في جملة العبد فيوم العتق. وقال مطرف وعبد الملك: بل يوم الحكم كالمقتصر على نصيبه. وروي عن أشهب وأصبغ وابن عبد الحكم: وأما على الرواية الأخرى فيوم العتق على كل حال. لكن قال ابن عبد السلام: والقول الثالث تقييد.

وفي "المدونة" دليل عليه؛ ففي (كتاب العتق): إذا أعتق أحد الشريكين في الأمة حصته وهو ملي ثم وطئها المتمسك بالرق قبل التقويم لم يحد؛ لأنَّ حِصَّته في ضمانه قبل التقويم. ثُمَّ قال: وإن أعتق أحدهما جميعها وهو ملي لزم ذلك شريكه[1].

ابن القاسم: ثم ليس لشريكه عتق حصته، ولو وطئها الآخر بعد علمه بعتق الملي لجميعها لَحُدَّ إن لم يُعذر بِجَهالة، انتهى بمعناه.

(ص): (**الثَّالِثُ: إنْ عَمَّمَ فَقَبْلَهُمَا**)

(ش): إذا أعتق حِصَّته، وأَمَّا إِن عمم فيوم الحكم كما ذكرناه من كلامه في "الجواهر".

(ص): (**وَعَلَى الأَظْهَرِ يُقَوَّمُ يَوْمَ الحُكْمِ لا يَوْمَ العِتقِ**)

(ش): هذا تفريع على الأظهر، وعلى الثاني فالقيمة قد وجبت على المعتق فلا يضر موته.

(ص): (**فَلَوْ مَات قَبْلَ التَّقْوِيمِ لَمْ يُقَوَّمْ**)

(ش): تفريع أيضًا على الأشهر، ولا ينفذ على القول بالسراية.

(ص): (**وَلَو أَعْتَقَ الشَّرِيكُ حِصَّتَهُ نَفَذَ، وَقَالَ الأَسْتَاذُ أَبُو بَكرٍ: وَمُقْتَضَاهُ إِذَا بَاعَه قَبْلَ التَّقْوِيمِ أَنْ يُقَوَّمَ للمُشْتَرِي. في "المُدَوَّنَةِ": يُرَدُّ البَيْعُ للتَّقويمِ...**)

(ش): يعني: أَنَّ الأستاذ أبا بكر الطرطوشي رأى أن مُقْتَضى أظهر الروايتين يمضي بيع الشريك الذي لم يعتق نصيبه ويقوم للمشتري كما يقوم للبائع. وفي "المدونة": إذا أعتق أحدهما ثم باع الآخر يرد بيعه للتقويم على المعتق.

ابن حبيب: ورواه المصريون والمدنيون من أصحاب مالك عنه[2].

وأورد على الأستاذ: أنه لا يلزم من بقائه على ملك الشريك نفوذ البيع؛ لأنَّ البيعَ يَردُ لعِلَّة أخرى وهي هنا الغرر؛ لأن التقويم قد وجب قبل البيع فدخل المشتري على قيمة مجهولة وعلى شراء ما فيه خصومة، ويُجاب عن ذلك: بأن مذهب ابن القاسم

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٩٤/١٢، وإرشاد السالك: ٢٠٨/١.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٤٤٧/٨، ومنح الجليل: ١٨٠/٢٠.

جواز شراء ما فيه خصومة. وينتقض ما قلتم من التعليل بالغَرَرِ بقوله في "المدونة" آخر (كتاب العتق) الأول: وإن بعت أنت. وأجاب بعض شيوخ صاحب " النكت": بأن المشتري في المسألة الأولى دخل على الفساد بوجوب القيمة قبل الشراء، بخلاف المشتري هو وأجنبي إيَّاه فلم يجب التقويم قبل الشراء، ولا يثبت في ذلك عتق إلا بعد حصول الشراء، على أن سحنونًا جَوَّزَ مسألة شراء الأب، وقال: لم يجوّز هذا الشراء والأجنبي لا يدري ما اشترى. وقيد أشهب ما في "المدونة" من نقض البيع، فقال: إلا أن يكون المعتِقُ موسرًا فلا يرد بيعه؛ إذ لا يرد إلى تقويم. قال: وَلَوْ لَمْ يردْ حَتَّى أعسر ثُمَّ أيسر؛ فلا يرد إلا أن يكون عدمه الذي كان ليس بالمكشف، ولا يرفع إلى الإمام يرد بيعه ويقوم عليه بقيمته. لكن قال ابن المواز: لا يعجبنا قوله في إجازة البيع إذا عدم المعتق بعد البيع؛ لأنَّ الْمُبتاع اشترى نصفًا وجب فيه التقويم، فكأنه أعطى عينًا أو عرضًا في قيمة مجهول إذا اشترى وهو يعلم بوجوب القيمة[(١)].

ابن المواز: وإن دخل العبدَ عيبٌ أو نقص في بدن أو سوق أو زيادة في مال أو ولد من أمة؛ فقد فات فسخ البيع ولزم مُشتريه قيمة النصف المبيع يوم قبضه. وأطال ابن المواز الكلام على هذه المسألة، وانظر كلامه في ابن يونس.

(ص): **(قَالَ: وَكَذَلِكَ حُكْمُ شَهَادَتِهِ وَجِنَايَتِهِ وَحدِّهِ وَغَلَّتِهِ)**

(ش): الضمير في (قال) يعود على الأستاذ؛ يعني أن الأستاذ قال: يجب أن يكون سائر أحكام في شهادته وجنايته وحدوده إلى غير ذلك على هاتين الروايتين، فعلى المشهور عليه في ذلك أحكام العبيد، وعلى الأخرى أحكامه في ذلك أحكام الحر من يوم العتق، (وجِنَايَتِهِ) مصدر يحتمل أن يكون مُضافًا إلى فاعل أو إلى مفعول، كقولهم: ذكاء العلماء، ويحتمل أن يريد به الحدوث، وحينئذٍ يجوز أَنْ يَكونَ مُضَافًا إِلى الفَاعِل وإِلى المفعول، والله سبحانه أعلم[(٢)].

(ص): **(قَالَ مَالِكٌ: لا يُقَوَّمُ إِلا بَعْدَ تَخْيِيرِ الشَّرِيكِ فِي العِتْقِ والتَّقْوِيمِ)**

(ش): ويتفرع على أظهر الروايتين ما قال مالك في "الواضحة": لا يقوم نصيب الشريك على المعتق إلا بعد تخيير ربه بين العتق والتقويم، فإن أعتق فذلك له، وإن أَبَى قوّم، وقد يقال في هذا البناء نظر؛ لأنا إن قلنا: إن العبد باقٍ على ملك غير المعتق؛ فلا

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤٠٧/١٠، والاستذكار: ١٥/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٩٧/٦، وحاشية الدسوقي: ٦٧/١٩.

يلزم عليه تخيير الشريك، بل يكون الواجب حينئذٍ التقويم على المعتق كما ذهب إليه بعضهم، وعلى مقابله لا تخيير لنفوذ عتقه، وعلى هذا يأتي ما في قذف "المدونة" في الأمة: يعتق الشريك جميعها وهو موسر أن الشريك ليس له أن يعتق نصيبه، ولهذا قال مالك في "النكت": إنَّ مسألة القذف خلاف أصلهم أن من أعتق شقصًا أن للشريك أن يعتق أو يقوم، ولا يفترق ذلك في القياس يعتق الشريك جميعها؛ لأن عتقه إِنَّما هو مُسَلط على ما يملك منها[١].

(ص): (**فَلَوِ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا فَفِي قَبُولِ رُجُوعِهِ قَوْلانِ**)

(ش): إذا خيَّرْنَاه فاختار العتق، ثُمَّ أراد التقويم أو بالعكس، فهل له الرجوع أم لا؟

والخلاف إِنَّما هو مَنْصوص فيما إذا أراد التقويم؛ فمذهب ابن القاسم في "المدونة" و"العتبية": أنه ليس له بعد ذلك أن يعتق؛ لأنه لما ترك حقه في العبد وجب التقويم على الأول، فصار حقًّا له لا يخرج عن يده إلا برضاه، والقول الآخر لابن الماجشون وأصبغ، ورواه ابن وهب عن مالك؛ لأن قوله: أنا أقوم على شريكي عِدةٌ لم تجب، وأما الصورة الأخرى وهي اختيار العتق فلم يذكر اللخمي فيها إلا أنه ليس له الرجوع إلى التقويم، وأجرى صاحبي " البيان " فيها القولين السابقين.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين أن يكون الشريك اختار ذلك من نفسه، أو بتخيير المعتق، أو بتخيير الحاكم، وليس فيما وقفت عليه من كلامهم في ذلك بيان، ولكن قوة كلامهم أن المسألة مفروضة فيما إذا اختار الشريك من غير تخيير القاضي له[٢].

أشهب: وإن أعتق الشريك وهو موسر، فقال شريكه: أنا أقوم عليه ولا أعتق، فلما قوم عليه وجده معدمًا؛ فإن العبد عتيق على الأول ويتبعه هذا بالقيمة في ذمته؛ لأنه ضمنه في وقت له تضمينه فيه؛ كمن أعتق وعليه دين وعنده وفاء به. وقال ابن القاسم: له أن يرجع إلى نصف العبد فيأخذه.

(ص): (**وَلَو اشْتَرَى الْحِصَّة شِراءً فَاسِدًا عَتَق عَلَيْهِ وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ وَرَدُّ ثَمَنٍ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ فَاسْتُحِقَّ الثَّمَنُ...**)

(ش): يعني: لو كان المعتق اشترى الحصة التي أعتقها شراءً فاسدًا؛ فإن العبد

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٤٩، والتلقين: ٢/٢٠٥.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٢، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٣.

يكمل عتقه عليه وتلزمه قيمته، أما النصف الْمُشْترى فلأنه قد أفاته بعتقه فلزمته قيمته، وإذا انتقل هذا النصف إلى ملكه لزمته قيمة النصف الآخر على ما تقدم[١]. وشبه ذلك بِمَا لو اشترى عبدًا شراءً صحيحًا فأعتقه، ثُمَّ استحق الثمن؛ فإن العتق ينفذ وعليه مثل الثمن المستحق أو قيمته.

ووجه التشبيه: أن رد الثمن سبب الاستحقاق لا يبطل العتق، فكذا رده للفساد ليأخذ القيمة. وحمله ابن راشد على ما إذا قال الرجل لعبد غيره: إن اشتريتك فأنت حر، ثم اشترى حِصَّة مِنْهُ شراء فاسدًا. وحمله غيره على ما إذا اشترى الشريك حصته شراءً فاسدًا، والتشبيه الأول أقرب إلى لفظه، ولم أرَ نقلا يوافقها ولا الثالثة، وتمشية ابن راشد هي التي في "المدونة"، قال في أول العتق: ومن قال لعبدٍ إن اشتريتك أو ملكتك فأنت حر، فاشتراه أو بعضه؛ أعتق عليه جميعه وقوم عليه نصيب شريكه، وإن اشتراه بيعًا فاسدًا؛ أعتق عليه ولزمته قيمتها ورد الثمن، كمن ابتاع عبدًا بثوب فأعتقه، ثم استحق الثوب؛ فعليه قيمة العبد. هذا لفظه.

وأقام بعض الشيوخ منه: أن البيع الفاسد ينقل الملك بنفس الشراء؛ لأن الحرية تفتقر إلى محل وهو الملك، فلو لم يصادف الحرية العبد في ملك المشتري ما عتق عليه.

(ص): (**وَمَتَى كَانَ السَّيِّدَانِ مُسْلِمَيْنِ فَالتَّقْوِيمُ**)

(**ش**): هذا شروع فيما يتعلق بالسيدين والعبدين باختلاف الدين.

وقوله: (السَّيِّدَانِ مُسْلِمَيْنِ) يعني: والعبد ليس بمسلم، وحذفه لدلالة المفهوم أو (**فالتقويم**) أي: على المعتِق مِنْهُما بلا خلاف؛ للحديث[٢].

(ص): (**والذِّمِّيَّانِ إِنْ كَانَ العَبْدُ ذِمِّيًّا فَلا تَقْوِيمَ، وَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا فَرِوَايَتَانِ**)

(**ش**): أما إذا كان الثلاثة كفارًا؛ فإنا لا نعرض لهم، اللهمَّ إِلا أَنْ يعتق الكافرَ كافرٌ أو يبينه عنه[٣].

ابن المواز: إلا أن يرضوا بحكمنا. والأصح من الروايتين: إذا كان العبد مسلمًا؛ التقويم تغليبًا للإسلام، وهو مذهب " الموازية".

---

(١) انظر: بلغة السالك: ١٤٢/٢، والكافي: ٩٦٣/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٩٤/١٢، وإرشاد السالك: ٢٠٨/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٤٤٧/٨، ومنح الجليل: ١٨٠/٢٠.

(ص): (فَإِنْ كَانَ المُعْتِقُ مُسْلِمًا دُونَ شَرِيكِهِ فَالتَّقْوِيمُ، وَبِالعَكْسِ ثَالِثُهَا لابْنِ القَاسِمِ: إِنْ كَانَ العَبْدُ مُسْلِمًا قُوِّمَ...)

(ش): يعني: ولو كان المعتق ذميًا وشريكه مسلمًا، ولا فرق بين أن يكون العبد مسلما أو لا، فثلاثة أقوال:

الأول: التقويم على الذمي، سواء كان العبد مسلمًا أو ذميًا، وهو قول غير ابن القاسم في "المدونة".

مطرف وابن الماجشون: وأحد قولي ابن المواز، وحكاه عن أشهب وهو الجاري على المختار في المسألة السابقة؛ لأنه حكم بين مسلم وغيره، ومقابله لمالك في "المختصر"، واستحسنه اللخمي وبناه على عدم الخلاف.

والثالث: لابن القاسم في "المدونة": الفرق؛ فإن كان العبد مسلمًا قوم على الذمي؛ لأنه حكم بين مسلم وذمي، وإن كان العبد كافرًا فلا تقويم عليه؛ لأنه لو كان جميعه للكافر فأعتق بعضه لم يحكم عليه بعتقه. ولبعض القرويين قول رابع: إن أبان النصراني العبد عن نفسه حتى لو أراد رده في الرق لم يكن له ذلك، فيجبر المسلم على أن يقومه عليه ولو لم يبن العبد عن نفسه، ولو أراد رَدَّه في الرقِّ كان له فلا تقويم عليه إلا أن يشاء المسلم. أشهب: ولو اشترى نصراني ابنه المسلم عتق عليه[1]. قال: فإن كان نصرانيًا لم يعتق.

اللخمي: وعلى قول مالك - يعني في المختصر -: لا يعتق وإن كان مسلمًا؛ لأنه غير مخاطب بالشرع. وعُورِض قوله في "المدونة": من عدم التقويم في المسألة إذا كان العبد كافرًا بماله، بما له في (كتاب الشفعة): ووجه المعارضة أن هذه المسألة اجتمع ذميان وبينهما مسلم، ولم يقل يحكم فيها بحكم الإسلام في التقويم، ومسألة الشفعة اجتمع فيها ذميان وبينهما مسلم، وقال: ويحكم بحكم الإسلام لإيجابه الشفعة للذمي.

(ص): (وَإِذَا أَذِنَ السَّيِّدُ أَوْ أَجَازَ عِتْقَ عَبْدٍ جُزْءًا قُوِّم فِي مَالِ السَّيِّد وَإِنْ احْتِيجَ إِلى بَيْعِ الْمُعْتِق)

(ش): يعني: إذا كان العبد مشتركًا بين حرٍّ وعبدٍ، فإن أعتق الحر نصيبه فواضح، وإن أعتق العبد نصيبه بغير إذن سيده فأجاز أو أذن له في ذلك ابتداء؛ فيقوم عليه حينئذٍ

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٠/٤٠٧، والاستذكار: ١/١٥.

على السيد الأعلى حتى لو لم يكن ما يكمل به إلا العبد المعتق بيع؛ لأن المعتق في الحقيقة هو السيد الأعلى، ألا ترى أن الولاء له، وهذا معنى قوله: (قُوِّمَ فِي مَالِ السَّيِّد) أي: الأعلى، وإن احتيج إلى بيع المعتِق بكسر التاء، وهكذا قال سحنون، ويمكن أن تلقن هذه المسألة بأن يُقال: مَتَى يباع السيد في قيمة عبده[1].

ابن القاسم وسحنون: ولو قال السيد قدموه على العبد فيما بيده من مال لم يقوم عليه.

(ص): (وَمَنْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ إلى أَجَلٍ، فقال مالكٌ: يُقَوَّم الآن ويُعْتَقُ إلى الأَجَلِ. وقال سُحْنونٌ: للشَّريك أَنْ يَتَماسَكَ إِلى الأجَلِ فيُقَوَّمُ حِينَئِذٍ ولا يَبِيعُهُ قَبْلَهُ إلا مِنَ المُعْتِقِ...)

(ش): يعني: وإن أعتق أحد الشريكين نصيبه إلى أجل. وما نسبه المصنف لمالك هو مذهب "المدونة". وبه قال المغيرة وابن القاسم، سحنون: وبه أقول.

ابن القاسم في "العتبية": إلا أن يعتق شريكه نصيبه إلى ذلك الأجل ويقوم عليه الآن؛ أي: لأن المقصود تساوي الشقصين.

أصبغ عن ابن القاسم وأشهب: إلا أَنْ يكون الأجل بعيدًا فيؤخر التقويم إلى حُلوله. ولو قال قائل: يؤخَّر التقويم في الوجهين لم أعبه، وقاله أصبغ. فيحتمل ما في "المدونة" التقييد بِمَا نقله أصبغ عن ابن القاسم وأشهب، ويحتمل الإطلاق.

وقوله: (وَقَالَ سُحْنُونٌ) عن غيره، وفسَّره ابنه بأنه عبد الملك[2].

وقوله: (للشَّرِيك) دلت الواو على أن هذا القائل يخيره، فإن شاء التمسك؛ قوم عليه الآن وكان جميعه حُرًّا إلى الأجل، وإن شاء تماسك، ثُمَّ ليس له بيعه قبل السنة مثلا إلا من شريكه؛ لدخول الْمُشْتري منه على قيمته مجهولة، فإذا تمت السنة قُوِّمت عليه بقيمته يوم تمت إن كان مليًّا أو فيما هو ملي به منهما ما لم يكن تافهًا[3].

وفي "البيان " قول ثالث: أنه لا يقوم عليه حتى يحل الأجل، وهو قول مالك في رواية مطرف عند العدم أخذت منه القيمة ووافقت إلى الأجل؛ لأنه إذا قلنا بالتقويم الآن يؤدي إلى أن من أراد الاستبداد بمنفعة عبد يعتقه إلى أجل لا سيما إن كان

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٩٧، وحاشية الدسوقي: ١٩/٦٧.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٧٦، والثمر الداني: ١/٥٤٨.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٤٩، والتلقين: ٢/٢٠٥.

الأجل بعيدًا.

عبد الملك: ولو شاء التقويم عليه يوم العتق فألفاه عديمًا؛ فلا يكون ذلك قاطعًا للتقويم عليه عند الأجل إن كان يومئذٍ مليًا، ولا مبيحًا للشريك بيع حصته من غيره قبل تمامها.

وقال المغيرة وسحنون: إن عدمه اليوم قاطع للتقويم عليه إن أيسر، ومبيح للشريك بيع حصته.

(ص): (فَلَو عَجَّل الثَّانِي العِتْقَ، فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: تُقَوَّم خِدْمَتُهُ إِلى أَجَلٍ فيأخُذُهَا الأوَّلُ. ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: يُعْتَقُ بَعْضُهُ مُعَجَّلا وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلا)

(ش): أي: لَوْ أعتق الأول نصيبه إلى الأجل ثم أعتق الآخر نصيبه بتلا، فقال ابن القاسم أولا: تقوم الخدمة إلى ذلك الأجل ويؤخذ من المبتل ويدفع إلى الآخر ويعتق كله الآن. ثم رجع، فقال: يعتق نصفه الآن ونصفه إلى سنة ولا تؤخذ قيمة خدمته وولاؤه لغيره، وإليه ذهب أشهب، وحكاه سحنون وجميع الأصحاب، ويعرض على الأول بأن قيمة الخدمة قد تكون مساوية لقيمة نصيبه من الرقبة، وفي ذلك إتلاف المال المعجل، إلا أن يقال: إن ذلك كالممتنع عادة، والبحث هنا قريب مِمَّا إذا رجع من يشهد بتنجيز عتق معتق إلى أجل ثم رجع الشهود[1].

مطرف: ولو أعتقاه معًا إلى أجل واحدٍ بعد واحدٍ ثم بتل أحدهما؛ فلا يقوم عليه؛ لأنه وضع خدمته. زاد مطرف: وإن مات العبد قبل السنة فماله فيمن بقيت له فيه الخدمة. سحنون: وإن أعتق الأول إلى سنة ثم الثاني لنصفها؛ فلا تقويم، إذا مضى نصفها عتق نصفه، ولا تقويم للمعتق إلى سنة، وهو عندها حر كله. ابن حبيب: وهو كما لو نجز الأول وأعتق الثاني إلى سنة[2].

ابن القاسم: ولو كان كله لرجل فأعتقه إلى سنة فخدمه بعضها، ثُمَّ قال: نصفك حر الساعة عتق عليه جميعه.

ابن المواز: وإن أعتق أحدهما لسنة ثُمَّ الثاني بعد موت فلان، فإن مات فلان قبل السنة عتق نصيب الثاني ولا تقويم عليه، وإن أبت قبل موته عتق عليه مصابه وقوِّم عليه نصيب شريكه، إن كان الأول صحيحًا فمن رأس المال، أو مريضًا فمن الثلث، وأما

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٢٩٢/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٣/١٠.

(٢) انظر: بلغة السالك: ١٤٢/٢، والكافي: ٩٦٣/١.

نصيبه فمن رأس المال.

(ص): (**فَلَوْ بَتَلَ الأَوَّلُ وَهُوَ مُوسرٌ وَأَجَّلَ الثَّانِي أَوْ دَبَّرَ، فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: يُفْسَخُ ويُقَوَّم ويُعَجَّلُ. وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِك: يَقَعُ مُنَجَّزًا...**)

(ش): هذه عكس التي قبلها وهو موسر في محل الحال، واحترز مِمَّا إذا كان الأول مُعسرًا، ولا اعتراض على الثاني، وفي معنى تأجيل الثاني وتدبيره كتابته، نص على ذلك في "المدونة" وغيرها.

وقوله: (فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: في "المدونة" يُفْسَخُ) فَعَلى الثَّانِي ويقوم ويؤجل عِتقه لحق العبد في العتق. وبقول عبد الملك قال المغيرة وابن نافع، ووجهه: أنَّه قَدْ ترك التقويم فيعجل عليه العتق الذي ألزمه نفسه، واسْتَثْنَى من الرقِّ ما ليس له.

ابن عبد السلام: والظَّاهر في حقِّ الجاهل قول ابن القاسم، وفِي حقِّ العالم قول عبد الملك.

(ص): (**ومَنْ دَبَّرَ حِصَّتَهُ لَمْ يَسْرِ وَيَتَقَاوَيَانِهِ، فَيَكُونُ رَقِيْقًا كُلُّهُ أَوْ مُدَبَّرًا كُلُّهُ. وَرُوِيَ: إِنْ شَاءَ الشَّرِيكُ قَوَّمَ أَوْ قَاوَى أَوْ تَرَكَ الجُزْءَ مُدَبَّرًا...**)

(ش): اعلَمْ أَنَّ مَنْ دَبر بعض عبده لزمه تدبيره كله، ولم يتكلم المصنف على هذه، وإِنَّمَا تكلم على ما إذا دَبر أحد الشريكين؛ لقوله: (حِصَّتَهُ).

وقوله: (لَمْ يَسْرِ) أَي: لم يكمل عليه التدبير[1].

ولو قال المصنف لم يكمل لكان أحسن؛ إذ لا يلزم من نفي السريان نفي الحكم، وهذا هو المشهور[2]. وروي عن مالك: أنه يقوم على المدبر، فيكون تنزيلا - لا تدبيرًا - منزلة العتق، وعلى المشهور فيتقاوى المدبر وشريكه العبد. وفسر مطرف المقاواة: بأن يقوم قيمته عدل، ثم يُقال للمتمسك: أتسلمه بهذه القيمة أم تزيد، فإن زاد قيل للمدبر: أتسلمه بهذه القيمة أم تزيد، هكذا حتى يقفا، فإن أخذه المدبر؛ بقي كله مدبرًا، وإن أخذه غيره؛ بقي كله رقيقًا.

قال في "المدونة": وكانت المقاواة عند مالك ضعيفة، ولكنه شيء جرى في كتابه.

اللخمي: وفيه جنوح لمذهب من أحاز بيع المدبر، وفيه نظر. وروي: إن شاء الشريك قوم أو قاوى، وهذه رواية مطرف وابن الماجشون، وروي: إنه بالخيار في

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٩٤/١٢، وإرشاد السالك: ٢٠٨/١.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٤٤٧/٨، ومنح الجليل: ١٨٠/٢٠.

هذين وفي تركه الجزء المدبر.

فهذا كله مقيد بقيدين:

أولهما: أن يدبر بغير إذن شريكه؛ فإنه جائز.

الثاني: هذه الأقاويل إنما هي إذا كان المدبر موسرًا، فإن كان معسرًا؛ فحكى في "البيان " أربعة أقوال:

الأول لابن الماجشون وسحنون: أن الشريك بالخيار إن شاء أجاز له ما صنع، وإن شاء فسخ تدبيره.

الثاني: أنه بالخيار إن شاء أجاز وتمسك بنصيبه، وإن شاء أتبعه بقيمة نصيبه، وإن شاء مقاواة على إن وقع عن المدبر أتبعه بما وقع به، وهو أحد قولي ابن القاسم[١].

الثالث لمطرف: إن شاء تمسك بنصيبه وإن شاء قاواه، فإن صار للمدبر بيع منه بنصف ما وقع به عليه - أقل من نصيبه أو أكثر - وبقي الباقي مدبرًا، وإن صار لغير المدبر كان رقيقًا كله.

أصبغ: وهو القياس، والاستحسان إن صار للمدبر لم يبع منه إلا نصفه فأقل، فإن لم يفِ نصفه بما وقع في المقاواة أتبعه بالباقي في ذمته، وهو القول الرابع[٢].

(ص): **(ويُقَوَّمُ العَبْدُ كَامِلا بِغَيْر عِتْقٍ عَلَى الأَصَحِّ لا مَا بَقِيَ)**

(ش): أي: إذا قلنا أن العبد يقوم على المعتق؛ فإنه يقوم جميعه على أنه رقيق كله، وأكد ذلك بقوله: (بِغَيْرِ عِتْقٍ) وحكى أبو عمران اتفاق الأصحاب، وحكي عن أحمد بن خالد أنه يقوم نصفه الآخر، وهو ظاهر قوله عليه الصَّلاة والسَّلام؛ فكان يبلغ له ثمن العبد[٣]. وفصَّلَ؛ فإن أعتق بإذن شريكه فكقول أحمد، وإن لم يعتق بإذن شريكه فكالمشهور، وينبغي على الأول أَنْ يكون للشريك الرجوع على العتق بقيمة عيب نقص العتق إذا منع الإعسار من التقويم، وقاله بعضهم.

(ص): **(وَيُقَوَّمُ بِمَالِهِ)**

(ش): لأنَّ المال يتبعه ولا يقدر على نَزْعِهِ مِنْ يَدِهِ لعتق بعضه، وسواء كان ذلك المال قبل العتق أو بعده. وقال في "الموازية": ويقوم بقدر ما يساوي في مخبرته

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤٠٧/١٠، والاستذكار: ١٥/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٩٧/٦، وحاشية الدسوقي: ٦٧/١٩.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ٢٤٩/١، والتلقين: ٢٠٥/٢.

وصنعته وبماله وبما حدث له بعد العتق من ولد، وكذلك الأمة تقوم بمالها وبما ولدت، وكذلك إن دخله عيب؛ فإنما عليه قيمته يوم الحكم[1]. ورواه ابن القاسم وابن وهب وأشهب عن مالك.

وفي "الموازية" و"الواضحة" و"العتبية": في العبد الزارع إن قوم بالفسطاط كان أقل لقيمته؛ فليقوم بموضع ولا يجلب للفسطاط.

(ص): **(وَلَوْ ادَّعَى المُعْتَقُ عَيْبَهُ ولا بَيِّنَة تَوَجَّهَت اليَمِيْنُ، وَرَجَعَ إِلَيْهِ ابنُ القَاسِمِ)**

(ش): أي: لو ادَّعى من أعتق حصته عيب العبد، أي: عبدًا خفيفًا كالسرقة والإباق، وقال: شريكي يعلم ذلك، وأنكر شريكه ولا بَيِّنة؛ ففي "الواضحة " عن ابن القاسم: أنه يقوم سالِمًا ولا يحلف له لدعواه إلا أن يقيم شاهدًا، ثُمَّ رجع فقال: بَلْ يحلف له. واختاره أصبغ وابن حبيب، وهو الظاهر؛ لأنه دعوى بمال. أشهب وابن عبد الحكم: ويحلف إذا شهد به غير عدل. وقال محمد: لا يمين.

(ص): **(وَيَعْتِقُ عَلَى مَنْ مَلَكَ بِإِرْثٍ أَوْ غَيْرِهِ أَحَدُ عَمُودَيْهِ، الآبَاءُ وَإِنْ عَلَوا وأُمَّهَاتُهُمْ، وَالأمَّهَاتُ وَإِنْ عَلَوْنَ وَآبَاؤُهُنَّ، وَالأوْلادُ وَإِنْ سَفَلُوا، وَولَدُ الأنْثَى وَالذَّكَرِ سَوَاءٌ، وَكَذَلِكَ الإِخْوَةُ وَالأخَوَاتُ مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانُوا عَلَى الأَصَحِّ، وَزَاد ابنُ وَهْبٍ العَمَّ. وَكُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، وَهُوَ: كُلُّ مَنْ لَوْ كَانَ امْرَأَةً لَمْ يَحِل لَهُ نِكَاحُهَا)**

(ش): هذه هي الخاصة الثانية، ونص على الإرث لئلا يُقال: إنَّه ملك جبري فلا يعتق عليه[2]. وعم بقوله: (أَوْ غَيْرِهِ) أنواع الملك الاختياري، واستدل على هذا بآيات الوصية بالوالدين، وبمنافاة الملك للولد في قولِهِ: ﴿أَنْ دَعَوْا لِلرَّحْمَنِ وَلَدًا﴾ [مريم: ٩١]. قال: ﴿إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ إِلا آتِي الرَّحْمَنِ عَبْدًا﴾ [مريم:٩٣].

وقوله: (وإِنْ عَلَوْا) يتناول الأم دنية وجميع الجدات من قبل الأم.

وقوله: (وَآبَاؤُهُنَّ) أي: آباء الأمهات، ويمكن أن يستغنى عن هذا بقوله: الآباء وإن علوا. ولفظة الجلاب هنا أحسن، فإنه قال: ويعتق على الإنسان من أقاربه إذا ملكهم الوالدان وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا، والإخوة والأخوات من جميع الجهات، ولا يعتق الأعمام والعَمَّات، ولا الخالات والأخوال، ولا ولد الإخوة، ولا ولد الأخوات، ولا أحد سِوى مَنْ ذكرنا من القرابات. وهذا هو الذي قاله المصنف أنه الأصح هو

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٢٩٢/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٣/١٠.

(٢) انظر: بلغة السالك: ١٤٢/٢، والكافي: ٩٦٣/١.

المشهور؟ ومقابل الأصح رواه ابن خويز منداد عن مالك: لا تعتق الإخوة ولا يعتق عليه إلا والده وولده[١].

وتبع في قوله: (وَرَد ابنُ وَهْبٍ) ابن شاس فإنه قال: وزاد ابن وهب العم خاصة. والذي نقله صاحب " النوادر"، واللخمي، وصاحب " البيان " عنه مثل الرواية الأخيرة: أنه يعتق عليه كل ذي رحم حرم. نعم نقل أبو الحسن أنه تعتق العمة والخالة.

وقوله: (وَهُوَ... إلخ) تفسير لذي رحم، وهو ظاهر، ودليله ما رواه النسائي عن ضمرة، عن سفيان، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحَرم عَتَقَ**"[٢]. إلا النسائي قال: لا نعلم أحدًا روى هذا الحديث عن سفيان عن ضمرة، وهو حديث منكر رواه أيضًا عن الحسن عن سمرة مرفوعًا، إلا أن سماع الحسن عن سمرة لا يصح إلا في العقيقة.

(ص): (**وَالْمَرِيضُ يَشْتَرِي قَرِيبَهُ يَعْتِقُ إنْ وَفَّى بِهِ الثُّلُثُ**)

(ش): لأن عِتقه إنَّمَا هو في الثلث[٣].

(ص): (**فَإِنْ أَوْصَى بقريبٍ عَتَقَ قَبِلَ أَوْ لَم يَقْبَل. وَكَذَلِكَ الهِبَةُ والصَّدَقَةُ، وَفِي وَلائِهِ إنْ لَمْ يَقبَله قَوْلانِ...**)

(ش): (وَكَذَلِكَ الْهِبَةُ والصَّدَقَةُ) أي: يعتق فيهما وإن لم يقبل. وهذا قول ابن القاسم في "العتبية"، وقد تقدَّم الكلام على هذه والتي بعدها، وإن أصبغ فرَّق بين الوصية والصدقة بِجعله في الوصية عتيقًا وإن لم يقبله بخلاف الصَّدقة لا يعتق حتى يقبله. والقولان في ولائه إن لم يقبله لابن القاسم، والذي رجع إليه أنه للموهوب له.

(ص): (**وَلَوْ كَانَ جُزْءًا وَلَمْ يَقْبَلْ فَقِيلَ: يَعْتِقُ الْجُزْءُ وَلا يُقَوَّمُ. وَقِيلَ: لا يَعْتِقُ**)

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٩٤/١٢، وإرشاد السالك: ٢٠٨/١.

(٢) أخرجه الترمذي، رقم (١٣٦٥) وقال: لا نَعْرِفُهُ مُسْنَدًا إلا مِنْ حَدِيثِ حَمَّادِ بْنِ سَلَمَةَ، وَقَدْ رَوَى بَعْضُهُمْ هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ الْحَسَنِ، عَنْ عُمَرَ شَيْئًا مِنْ هَذَا، وبرقم (١٣٦٦) وقال: لا نَعْلَمُ أَحَدًا ذَكَرَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ عَاصِمًا الأَحْوَلَ، عَنْ حَمَّادِ بْنِ سَلَمَةَ، غَيْرَ مُحَمَّدِ بْنِ بَكْرٍ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ، عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، قَالَ: "مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ " رَوَاهُ ضَمْرَةُ بْنُ رَبِيعَةَ، عَنْ الثَّوْرِيِّ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ، عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم وَلَمْ يُتَابَعْ ضَمْرَةُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ، وَهُوَ حَدِيثٌ خَطَأٌ عِنْدَ أَهْلِ الْحَدِيثِ. وأخرجه أيضا أبو داود، رقم (٣٩٤٩).

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٤٤٧/٨، ومنح الجليل: ١٨٠/٢٠.

(ش): أي: لَوْ كان الموصى به أَوْ الموهوب أو المتصدق به جُزءًا من قريبه، فإن قبل كمل عليه، وإلا فقولان وقد تقدما.

خليل: ويَنْبَغِي عَلَى القول بأنه لا يعتق الجزء هنا ألا يعتق عليه العبد، إذا لم يقبله في المسألة السابقة.

(ص): **(وَلَوْ وَرِثَ قَرِيبَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: يُبَاعُ فِي دَيْنِهِ، بِخِلاف الْهِبَةِ لِغَيْرِ الثَّوَابِ وَالوَصِيَّةِ؛ لأنَّه إِنَّمَا وُهِبَ لِيَعْتِقَ. وَقَالَ أَشْهَبُ: يَعْتِقُ فِي الْجَمِيعِ)**

(ش): حاصله: أنه اتُّفق على العتق في الْهِبة والوصية واختلف في الإرث، فقال ابن القاسم: لا يعتق. وقال أشهب: بل يعتق. وقد تقدمت هذه المسألة من كلام المصنف في باب (الفلس)، وتقدم عليه الكلام[1].

وقوله: (لأنَّه إِنَّمَا وُهِبَ لِيَعْتِقَ) فكأن الواهب إِنَّمَا قصد عتقه عنه، فكذلك لا سَبِيل لأهل دينه عليه، والوصية تُشَارك الهبة في هذا. وكان يَنْبَغِي أَنْ يُقال: لأنه وهبه وأوصى به ليعتق، ولكنه نقل في الرواية، فإنه إنما وقع التعليل فيها للهبة. وأخذ بعض القرويين وابن يونس من قوله: وهب له ليعتق، أن الواهب لو لم يعلم أنه قريبه أنه يباع. وتردد ابن رشد وقد تقدم ذلك. ومفهوم قوله: أَنَّ الْهِبَةَ لَوْ كانت لثواب لم يعتق وهو ظاهر؛ لأنَّها كالبيع، فيكون كَمَنْ اشْترى قريبه وعليه دين[2].

وفي "المدونة": ومَنْ ابتاع أباه أو عليه دين يقترفه لم يعتق عليه ويباع في دينه، وإن اشتراه وليس عند إلا بعض ثمنه، فقال مالك: يرد البيع. وقال ابن القاسم: بل يُبَاع منه ببقية الثمن ويعتق ما بقي. وقال غيره: لا يجوز في السنة أَنْ يملك أباه إلا إلى عتق ناجز.

ابن المواز: وقول ابن القاسم هو القياس على أصل مذهب مالك. واختلف الشيوخ هل الحكم عند مالك مساوٍ وهو نقض البيع وهو طريق القابسي، أو ينقض في الثانية، وعليه فالأوْلَى على ما هو ظاهر الكلام وهي طريقة الشيخ أبي محمد. واختار عياض طريق القابسي؛ لأنَّ المسألة مَبْنِية كذلك في "المبسوط"، واختار ابن يونس طريق الشيخ أبي محمد، وذكر أن المسألة وقعت لمالك كذلك، وفرَّق بين المسألتين بأن الأولى اشتراط ودفع جميع ثمنه، فلا حُجَّة للبائع إذا قبض جميع ثمنه

(١) انظر: الذخيرة: ١٠/٤٠٧، والاستذكار: ١/١٥.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٩٧، وحاشية الدسوقي: ١٩/٦٧.

بخلاف الأخرى.

فرع:

المشهور أنه يعتق بالقرابة بنفس الملك، وقيل: يتوقف على الحكم، وفرق اللخمي، وقال في الأب والأولاد كالأول، وفي غيرهم كالثاني.

(ص): (**المُثْلَةُ: وَمَنْ مَثَّلَ بِرَقِيقِهِ عَمْدًا مُثْلَةَ شَيْنٍ عَتَقَ عَلَيْه وَعُزِّرَ**)

(**ش**): (بِرَقِيقِهِ) أي: القِنِّ ومن فيه شائبة حرية، لكن ظاهره إخراج عبد عبيده وعبد أولاده الصغار وليس بجيد، وقد نصَّ في "المدونة" على أنهما كرقيقه، ويقوم عليه رقيق ولده الصغار إن كان موسرًا، وإلا لَمْ يقوم عليه[1].

ابن القاسم: وهو كما لو أعتقه، ولم يرتضه اللخمي. وأما عبد ولده الكبير فكعبد الأجنبي لا يعتق عليه إلا أن يبطل منافعه.

وقوله: (عَمْدًا) ابن عبد السلام: ظاهره أنه يكتفي فِي العَمْدِ قصده إلى الضرب، وهو ظاهر كلام غيره. وقال عيسى في شرح ابن مزين: لا تكون مثلة بضربة أو رمية وإن كان عَامِدًا لذلك، إلا أَنْ يكون عَامِدًا للمثلة يضجعه فيمثل به فِي مثل ما يستقاد للابن من أبيه[2].

وفي اللخمي: الوجه الذي تكون عنه المثلة أربعة يعتق بوجه واحد وهو أن يكون عمده على وجه العتق، ولا يعتق في ثلاث وهو أن يكون خطأ أو عمدًا على وجه المداواة والعلاج، أو تشبيهها للعمد وليس بصريحه؛ مثل أن يخذفه بسيف أو سكين فيبين منه عند ذلك عضو. وقال عيسى: يذكر عنه ما تقدم. ثم قال: وهو صحيح؛ لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله، وقد يريد تبديره بالرمي ولا يريد خروجه عن ملكه بالعتق، وقد يريد المثلة حقيقة، وإن احتمل فِعْلُها الوجهين؛ يحلف أنه لم يقصد ذلك وترك.

سحنون: وإن ضرب برأسه فنزل الماء في عينه لم يعتق عليه؛ لأنه يحتمل أن يكون قصد ضرب الرأس دون ما حدث عن الضرب.

عياض: والمثلة - بضم الميم وسكون الثاء، وفتح الميم وضم الثاء، وقيل:

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٧٦، والثمر الداني: ١/٥٤٨.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٤٩، والتلقين: ٢/٢٠٥.

بضمهما معًا - هي العقوبة[(١)].

وقوله: (مُثْلَةً شَيْنٍ) سيأتي تفسير ذلك (عَتَق عَلَيْهِ) الأصل فيه ما رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: جاء رجل مستصرخ إلى النَّبِيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: جَاءَ رَجُلٌ مُسْتَصْرِخٌ إِلَى النَّبِيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: جَارِيَةٌ لَهُ يَا رَسُولَ اللهِ، فَقَالَ: "**وَيْحَكَ مَا لَكَ؟** " قَالَ: شَرًّا أَبْصَرَ لِسَيِّدِهِ جَارِيَةً لَهُ فَغَارَ فَجَبَّ مَذَاكِيرَهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**عَلَيَّ بِالرَّجُلِ**"، فَطُلِبَ فَلَمْ يُقْدَرْ عَلَيْهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**اذْهَبْ فَأَنْتَ حُرٌّ**"، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ؛ عَلَى مَنْ نُصْرَتِي؟ قَالَ: "**عَلَى كُلِّ مُؤْمِنٍ**"، أَوْ قَالَ: "**كُلِّ مُسْلِمٍ**"[(٢)].

قال أبو داود: والذي أعتق اسمه روح بن دينار والذي جباه زنباع. ورواه ابن ماجه وذكر أن اسم العبد سندرا أو ابن سند. وزاد: وقطع أذنيه. قيل: وزنباع يومئذٍ كافر.

(ص): (**وَفِي مُثْلَةِ السَّفِيهِ قَوْلانِ**)

(**ش**): قال في "الجواهر": عتق عليه عند ابن وهب وأشهب وأصبغ ولم يعتق عليه عند ابن القاسم، ووقع في بعض وعنه في مثلة العبد، وضمير عنه عائد على ابن القاسم؛ لأنه أشهر أصحاب مالك عند المغاربة وعند المتأخرين[(٣)]. ولم يرد مالك وإن كان الغالب إنما هو إضماره، وإلا لقال روايتان بدل القولان، ولعله إنما ألجأه إلى هذا عدم وجود الروايتين لمالك. والقولان لابن القاسم في "الموازية"، والذي رجع إليه عدم العفو.

ابن عبد السلام: والعتق أصح؛ لأن العتقَ بِهَا شبيه بالحدود والعقوبات. وعلى هذا القول فنص ابن القاسم على أنه لا يتبع ماله، واستقرأ أشهب أنه يتبعه، على أنه اختلف في الرشيد يمثل بعبده مثل ذلك، ولا يعتق على الصغير والمجنون بالمثلة، ولم يكن في ذلك خلاف[(٤)].

(ص): (**وَفِي مُثْلَةِ الذِّمِّيِّ بِعَبْدِهِ الذِّمِّيِّ قَوْلانِ، بِخِلافِ العَبْدِ الْمُسْلِمِ**)

(**ش**): احترز بالذمي من المعاهد، فإنه لا يعتق عليه، قاله أشهب. قال: ويعتق على

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٢، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٣.

(٢) أخرجه أبو داود برقم (٤٥١٩).

(٣) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٢، والكافي: ١/٩٦٣.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٤، وإرشاد السالك: ١/٢٠٨.

الذمي إلا أن يمثل به بعد إسلام، واختاره أصبغ. واختار الأول ابن حبيب واللخمي، ولعل منشأ الخلاف هل هو من أحكام المسلمين أو من باب التظالم؟

(ص): (**وَفِي مُثْلَةِ الزَّوْجَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِذَا كَرِهَ الزَوْجُ قَوْلانِ**)

(ش): قال فيما زاد؛ لأنه لا خِلاف أنها إن مثلت بعبد قيمته الثلث أنه يعتق عليها من غير توقف على رضا الزوج، وإنما الخلاف إذا رده. والقول بأنه يتوقف على رضاه لسحنون وابن القاسم ومقابله لأشهب، ومنشأ الخلاف هل العتق حدٌّ مِنَ الحدود يوجب العتق مطلقًا، أو ليس كذلك؟ وينظر إلى من يجوز عتقه ابتداء فيعتق عليه، ولهذا اختلف في العبد المديان وقد نبَّه المصنف على ذلك بقوله:

(ص): (**وَفِي مُثْلَةِ العَبْدِ بِعَبْدِهِ وَالْمِدْيَانِ قَوْلانِ**)

(ش): القول بعدم العتق عليهما لابن القاسم والآخر لأشهب، ولو جمع المصنف هذه الفروع وذكر فيها قولين لكان أخصر، لا سيما والقائل متحد؛ لأن ابن القاسم يرى أنه لا يعتق إلا على من يجوز له عتقه ابتداء، وأشهب يعتق عليهم، اللهمَّ إلا أَنْ يُقال: إِنَّما فَرَّقها لاختلاف مداركها، إلا العبد والمديان؛ فإن مدركهما متقارب وهو الحجر عليهما لحق غيرهما، ولا يقال: كان ينبغي على هذا أيضًا جمع الزوجة معهما؛ لأن المنع فِي حقها يتعلق ببعض مَالِها بخلافهما[1].

ابن القاسم: وإن مثل المريض عتق في ثلثه، وَإِنْ صَحَّ فَفِي رَأس ماله.

(ص): (**وَقَطْعُ الأَنْمُلَةِ والظُّفُرِ وَشَقُّ الأُذُنِ شَيْنٌ**)

(ش): حكى عياض الاتفاق على العتق عليه بإزالة الظفر، وعُورِض بأنه جعل قطع الأنملة في كتاب العيوب عيبًا خفيفًا، إذا كان في الوخش، يريد المشتري ولا شيء عليه.

وفي قوله: (وَشَقُّ الأُذُنِ) وإن كان تبع فيه " الجواهر " نظر؛ لأن الذي في "الموازية": إن قطع طرف أذنه أو بعض جسده عتق عليه. وكذلك قال مطرف: إِنْ خرم أنفه، أو قطع أشراف أذنيه عتق عليه.

اللخمي: يريد إذا قطع ما يقع فيه شين بيِّن فليس طرف الأنف كطرف الأذن وبضعة من جسده، فالقليل في الوجه شين، وليس كذلك إذا كان تحت الثياب. فلعل

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٤٧/٨، ومنح الجليل: ١٨٠/٢٠.

ابن شاس والمصنف قاسا الشق على القطع وأطلقاه على القطع.

سحنون في كتاب ابنه: وليس شيء من الجوارح التي تعود لهيئتها مثلة، وإنما المثلة ما زال من الأعضاء، وظاهر هذا يخالف كلام المصنف(١).

(ص): (**وَوَسْمُ وَجْهِهِ بِالنَّارِ شَيْنٌ، وَفِي ذِرَاعِهِ وَشِبْهِهِ لَيْسَ بِشَيْنٍ**)

(**ش**): ظاهر كلامه: أنه يكفي في كونه شَيْنًا مُجَرَّدَ العلامة بالنار في الوجه ولو كان غير كتابة، والذي قال ابن وهب وأصبغ: إذا وسم جبهته وكتب فيها آبق يعتق. ومعلوم أن كتابة هذه الكلمة شنيعة(٢).

أصبغ: وإن كتب ذلك في ذراعه لم يعتق، وكذا روى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب في العبد يعرف بالإباق يسم سيده على وجهه عبد فلان.

(ص): (**وَفِي وَسْمِ وَجْهِهِ بِغَيْرِ النَّارِ قَوْلانِ**)

(ش): ظاهر كلامه: أَنَّ مُجردَ الوَسْمِ يختلف فيه، والذي في اللخمي: اختلف إذا وسم جبهته بمداد وإبرة وكتب فيه آبق، فقال ابن وهب: يعتق. وقال أشهب: لا يعتق، ورآه خفيفًا، وذكر ربما عمل له ما يزيله(٣).

(ص): (**وَقَلْعُ الأَسْنَانِ وَسَحْلُهَا شَيْنٌ**)

(ش): هذا مِمَّا لا خِلاف فيه، وسحلها بردها بالمبرد حَتَّى تدفع منفعتها.

(ص): (**وَفِي السِّنِّ الوَاحِدَةِ قَوْلانِ**)

(**ش**): ليس تخصيصه بالسن بالبين. فقد قال اللخمي: واختلف إذا قَلَع سِنًّا أَوْ سنين، فقال مالك في "الموازية"، وقال أصبغ: لا يعتق إلا في جُلِّ الأسنان. واختار اللخمي: إنْ قلع سنين من الثَنَايا أو الرباعيات شين بخلاف الأَرْحَاءِ. قال: وإِنْ زَال ما أفسد عليه استعجال الأكل وطحنه عتق. وقال عياض: يختلف فِيْمَا إذا أزال عضوًا وإن قل، وإِنْ كان ظفرًا أو سِنًّا كَمَا نَصَّ عليه في "الواضحة " أنه يعتق عليه، إِلا ما ذهب إليه أصبغ في السن الواحدة أنه لا يعتق.

(ص): (**وَحَلْقُ رَأْسِ الأَمَةِ وَلِحْيَةِ العَبْدِ لَيْسَ بِشَيْنٍ، إِلا فِي التَّاجِرِ الْمُحْتَرَمِ والأَمَةِ الرَّفِيعَةِ**)

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤٠٧/١٠، والاستذكار: ١٥/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٩٧/٦، وحاشية الدسوقي: ٦٧/١٩.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ٢٤٩/١، والتلقين: ٢٠٥/٢.

(ش): أَمَّا غير التاجر والرفيعة؛ فليس بشين الاتفاق، واختلف فيهما، فقال ابن الماجشون: يعتقان. وقال مطرف: لا يعتقان. ونقله في "التنبيهات " عن مالك، فقال: استخف مالك حلق الرأس واللحية؛ لأنه يعود سريعًا لهيئته ويستر الرأس بالعمامة والوكاية، وفي الوجه بالتلتم إلى أن يعود سريعًا. ونقل الأول عن المدنيين واختاره اللخمي إذا كان لا يعود لهيئته، والثاني إن عاد، قال: ويمنع السيد من إخراجه حتى يعود حاله[١].

(ص): (**قَالَ ابْنُ القَاسِم: لا يَعْتِقُ بالمُثْلَةِ إِلا بِالْحُكْمِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: بِالْمُثْلَةِ، وَفَرَّقَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ بَيْنَ الوَاضِحِ وَغَيْرِهِ**)

(ش): تصور الأقوال من كلامه ظاهر، وهذه إحدى الطريقتين في نقل المذهب، وذهب اللخمي وغيره إلى أنه لا يعتق بغير البينة إلا بالحكم، وبالبينة قولان، واختار اللخمي أن العبد يُخير إذا مثل في العتق؛ إذ قد يضره العتق إذا أزمنته المثلة نحو ذلك[٢].

(ص): (**وَلَو اخْتَلَفَا فِي أَنَهُ عَمْدٌ؛ فَقَوْلُ السَّيِّدِ عَلَى الأَصَحِّ**)

(ش): أي: قال السيد: هو خطأ. وقال العبد: بل هو عمد والقولان هنا، وفي تمثيل الزوج لسحنون، والذي رجع إليه ما صحَّحه المصنف واستحسنه اللخمي، قال: لأنه مأذون له في الأدب، فيكون القول قول السيد إذا حلف، ولو كان قطع يدٍ ونحو ذلك مِمَّا يكون بالحديد، ومِمَّا يقوم الدليل أنه عمد لم يصدق واقتص للزوجة وأعتق العبد، ورأى في القول الآخر أن السيد معترف بموجب العتق مدع للخطأ؛ فلذلك لا يصدق.

سحنون: في هذا القول بعد قوله: فالقول قول المرأة والعبد، بخلاف الطبيب يتجاوز ويقول: أخطأت، ويدعي المفعول العمد؛ لأنه مأذون له في الفعل.

(ص): (**وَرَوَى سَحْنُونٌ أَنَّ الْمَرْاة تُطَلَّقُ بِمُثْلَةَ العِتْقِ**)

(ش): هذه الرواية ذكرها سحنون في "العتبية" أنها تطلق عليه مخافة أن يعود، قال في "المبسوط": بطلقة بائنة، وساوى ابن رشد بين مثلة الزوج بزوجته وبيعه لها وإنكاحه إيَّاهَا. وخرج الخلاف من بعضها في بعض، وحصل في كلِّ منها ثلاثة أقوال: **الأول**: تطلق عليه ثلاثًا. **والثاني**: طلبة بائنة. **والثَّالث**: عدم الطلاق. فذكر المصنف

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٢، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٣.

(٢) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٢، والكافي: ١/٩٦٣.

هذه المسألة هنا وإِنْ كانت ليست من مسائل العتق، إما استطرادًا في أحكام المثلة، وإِمَّا تَنْبِيهًا على أَنَّها لا ترد نقضًا في عدة المثلة من خواص العتق للخلاف فيها[(١)].

(ص): (**القُرْعَةُ: وَهِيَ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبِيْدًا دَفْعَةً فِي مَرَضِهِ، أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِهِمْ وَلَمْ يَحْملهم الثلث، أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ ثُلُثِهِمْ، أو أَوْصَى بِعِتْقِ عَدَد مُسَمَّاه وَعَبِيدُهُ أَكْثَرُ**)

(**ش**): هذه هي الخاصة الخامسة، وأسقط الكلام على الرابعة وهي الحجر على المريض؛ لأنه قدم الكلام عليها. والأصل في القرعة ما رواه مسلم من حديث عمران بن حصين: "أَنَّ رَجُلا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرَهُمْ، فَدَعَاهمْ رَسُول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَجَزَّأَهُمْ فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً، وَقَالَ لَهُ قَوْلا شَدِيدًا". وفي رواية: "أنه أوصى بعتقهم"[(٢)].

عبد الحق: والقول الشديد - والله أعلم - ما ذكره النسائي من حديث عمران بن حصين - أيضًا- أنه عليه الصلاة والسلام قال فيه وفي هذه القصة: "**لَقد هَمَمْتُ أَلا أُصَلِّيَ عَلَيْهِ**". ويحتمل أن يريد ما رواه أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام قال: "**لو شهِدْتُ قبل أن تدفن فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ**"، ويحتمل أن يحتمل مجموع الأمرين، وقوله يعني أنها تكون في أربعة أوجه:

الأول: أن يشمل في مرضه عتقهم ولم يحملهم الثلث[(٣)].

الثاني: إذا أوصى بعتقهم ولم يحملهم الثلث. وقوله: (**وَلَمْ يَحْمِلْهُ الثُّلُثُ**) راجع إلى الوجهين.

الثالث: أن يوصي بعتق ثلثهم، وكذلك لو بتل عتق الثلث.

الرابع: أن يذكر عددًا سماه وعبيده أكثر، كما لو قال: عشرة من عبيدي أحرار وعبيده خمسون، وما ذكره من جريان القرعة في الوجوه الأربعة نص عليه ابن القاسم في "الموازية"، وقال أشهب وأصبغ وأبو زيد والحارث: إنما يسهم في الوصية، وأما في المبتلين في المرض فيعتق مِنْ كلِّ واحد بغير سهم.

قال في "الاستذكار": وهو خلاف السنة. قال المغيرة: إنما القرعة فيمن أعتق عبيده بعد موته ولا مال له غيرهم للحديث، وليس فيما يقاس عليه عكس مذهب أبي زيد.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٤، وإرشاد السالك: ١/٢٠٨.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٦٦٩).

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٤٧، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٠.

وروي عن ابن نافع: أنه لا يسهم في الرقيق إلا في العتق إذا كان للمالك شيء من المال، وإنما السهمان إذا لم يكن للمالك شيء من المال إلا أولئك الرقيق فقط، ونقله ابن مزين عن مطرف، ومطرف عن مالك، وابن المواز عن ابن القاسم، والمشهور خلافه، وأنه لو كان له مالٌ غيرهم إذا لم يحملهم الثلث، وإليه أشار المصنف بقوله: (وَلَمْ يَحْمِلْهُمُ الثُّلث) فإنه يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون له مال غيرهم أم لا. واتفقت هذه الأقوال على أنه لا يدخل السهم في عتق الصحة[1].

سحنون: وقال بعض أصحابنا عن مالك أنه يكون السهم فيمن أعتق في صحته رأسًا من رقيقه فلم يبينه حتى مات وهم أربعة؛ أنه يعتق ربعهم بالسهم. وقيل: يكون الخيار للورثة كما كان له. وحكى اللخمي في الوجه الرابع - أعني إذا أوصى بعدد سمَّاه وعبيده أكثر - خمسة أقوال. فقال: إن قال في صحته عشرة من عبيدي أحرار وهم خمسون؛ هو بالخيار في عتق عشرة أيهم شاءوا. واختلف إذا أوصى بذلك في مرضه على خمسة أقوال:

الأول لمالك في "المدونة": يعتق خمسهم بالسهم، وخرج في ذلك خمسة أو خمسة عشر[2].

الثاني لمالك - أيضًا- في "المدونة" و"الواضحة": إن خرج في الخمس أظهر من عشرة عتقوا، وإن خرج أقل ضرب سهم على الباقي حتى يستكمل عشرة ما لم يجاوز ثلث الميت.

الثالث لأشهب في "كتاب محمد " قال واسع: أن يعتق منهم بالسهم أو بالحصص.

الرابع للمغيرة: ويعتق جميعهم بالحصص إذا كان العتق من الميت، وإن أوصى ورثته أن يعتقوا كانوا بالخيار يعتقون من شاءوا.

والخامس: يأتي على قول مالك في "الواضحة"؛ لأنه قال فيمن قال: رأس من رقيقي حُرٌّ وهم ثلاثة؛ يعتق ثلثهم بالسهم. ثم رجع وقال: ما هذا الذي أراد الميت وإنما أراد أن يُعتق واحد؛ فأرى أن يسهم بينهم فإن خرج واحد وهو أدنى من ثلث قيمتهم أعتق كله إذا حمله.

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٠/٤٠٧، والاستذكار: ١/١٥.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٩٧، وحاشية الدسوقي: ١٩/٦٧.

مطرف: وبه أقول. فعلى هذا إذا قال: عشرة وهم خمسون؛ أعتق منهم تلك التسمية، وسواء كانت قيمتهم أقل من الخمس أو أكثر إذا حملهم الثلث، هذا معنى كلامه[١].

(ص): (وَلَوْ نَصَّ عَلَى أَسْمَائِهِم فَكَذَلِكَ، وَقَالَ سَحْنُونٌ: يَعْتِقُ مِنْهُمْ بِالْحِصَصِ)

(ش): أي: لو قال في مرضه فلان وفلان أحرار وأوصى بعتقهم فكذلك؛ أي: يسهم بينهم، ورأى سحنون أن التسمية قرينة في إرادة العتق من واحد بالحصص لو قال ثلث كل رأس[٢].

(ص): (وَلَوْ أَعْتَقَ عَلَى التَّرْتِيبِ قُدِّمَ السَّابِقُ)

(ش): الترتيب بأحد وجهين: إمَّا في الزمان، وإما بذاتٍ مِنْ ذَوَات التَّرْتيب، قدم السابق.

(ص): (وَلَوْ قَالَ: الثُّلُثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ،اتُّبِعَ وَلا قُرْعَةَ)

(ش): وكذلك لو قال أيضًا: سهم مِنْ كلِّ واحد منهم، ما ذكر إن حمل ذلك ثلثه، ولا يُبَدَّى بعضهم على بعض، أو ما حمل ثلثه مِمَّا سُمِّي بالحصص من كل واحد بغير سهم، وقد تقدم أن المبتلين في المرض يعتق منهم مجمل الثلث بالسهم على المشهور لا بالحصص، ولو حلف بيمين هو فيها على بر ثُمَّ حنث فيها في المرض وانعقدت اليمين في الصحة فكذلك، وإن كان فيها على حنث فمات؛ عتق عنهم محمل الثلث بالحصص، هذا معنى ما في "المدونة".

واختلف القرويون والصقليون إن كانت يمينه في المرض وهو فيها على حنث فمات، فقال القرويون: إنهم كالمدبرين يعتق بالحصص، وقال الصقليون: هم كالمبتلين يعتقون بالسهم[٣].

(ص): (وَطَرِيقُ القُرْعَةِ: أَنْ يُقَوَّمَ العَبِيدُ وَتُكْتَب أَسْمَاؤُهُمْ كالقِسْمَة، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ عُتِقَ حَتَّى يَنْتَهِيَ إلى كَمَالِ الثُّلُثِ بِوَاحِدٍ أَوْ بِبَعْضِهِ...)

(ش): تصوره لا يخفى عليك، لا سيما إذا عرفت ما تقدمت في القسمة.

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٧٦/٢، والثمر الداني: ٥٤٨/١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ٢٤٩/١، والتلقين: ٢٠٥/٢.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢٩٢/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٣/١٠.

باب الولاء

(ص): (الـوَلاءُ: سَـبَبُهُ زَوَالُ الْمِلْـكِ بِحُـرِّيَّةٍ بِعِـوَضٍ أَوْ بِغَيْـرِ عِـوَضٍ، أَوْ تَدْبِيْـر، أو اسْـتِيلاد، أَوْ كِـتَابَة، أَوْ بَـيْع مِـنْ نَفْسِهِ، أَوْ تَدْبِيـرُ الغَيْـرِ عَـنْهُ، أَوْ أَعْـتَقَ عَـنْهُ بِإِذْنِـهِ أَوْ بِغَيْـرِ إِذْنِهِ...)

(ش): الـولاء بفتح الواو ممدود من الولاية وهو من النسب، وأصله من الولى وهو القـرب، وأَمَّـا مـن الـولاية والـتقديم فبالكسر، وقـيل: يقـال فـيهما بالوجهـين، والأصـل حديث بريرة الذي في الصحيحين، وفيه: "إِنَّمَا الولاء لِمَنْ أَعْتق"[1].

وسببه: زوال الملك بالحرية، واحترز بـ (زَوَال) بالبيع والهبة ونحو ذلك، ثُمَّ بين أنه لا فرق في ذلك بين أن تكون الحرية بعوض أو لا بين المعلق وغيره، ولا بين أن يكون عن كتابة أو تدبير أو استيلاد أو بيع من نفسه؛ أي: من نفس العبد، كقوله: إن أعطيتني كذا فأنت حر[2]. وعلى هذا فالمراد بقوله: (أو) لا أن يكون بعوض من غير العبد؛ لئلا يلزم التكرار.

وقوله: (أَوْ تَدْبِيرُ الغَيْرِ عَنْهُ) هو معطوف على (زَوَالُ الْمِلْكِ) أو تدبير غيره، وفي إدخال المصنف (أل) على لفظة (غير) بالنسبة إلى العربية، وقوله: (أَوْ أَعْتَقَ عَنْهُ بإِذْنِهِ) لا إشكال في ذلك إذا كان بإذنه، وأما بغير إذنه فهو المشهور، ونقل ابن عبد البر عن أشهب أن ولاءه للمعتق، وخرج اللخمي فيه الخلاف الذي في السائبة، وتقدم للمصنف ثلاثة أقوال إذا أعتق عن غيره وبلغه ورضي، ثالثها: إن أذن له أجزأه.

(ص): (فَإِنْ كَانَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ فَقَوْلانِ، وَجَعْلُهُ سَائِبَةً كَذَلِكَ)

(ش): ظاهره أن الخلاف فيهما وهو مقتضى كلام اللخمي. وفي "المقدمات": إن قال لعبده أنت حر عن المسلمين وولاؤك لِي؛ لم يختلف في المذهب أن ذلك جائز، وأن الولاء يكون للمسلمين، ولا إشكال في وجود القولين في السائبة، والمشهور أنه للمسلمين، ولم يذكر المصنف حكم عتق السائبة ابتداءً، وفيه ثلاثة أقوال: أجازه أصبغ، وكرهه مالك وابن القاسم ابتداءً، وإن وقع كان الولاء للمسلمين. وقال عبد الملك وابن نافع: ذلك ممنوع وإن وقع فالولاء للمعتق. وقال عياض: لا خلاف في جواز العتق عن

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (١٤٩٣) ومسلم برقم (١٥٠٤).

(٢) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٢، والكافي: ١/٩٦٣.

المسلمين ولزومه وإن اختلف لمن ولاؤه، وإنما كره لفظ السائبة في الأولى؛ لاستعمال الجاهلية لها في الأنعام وتحريم الله ذلك، ولأنَّه كَمَا قاله مالك أمر تركه الناس وتركوا العمل به[١].

(ص): (**وَإِعْتَاقُ الكَافِرِ الْمُسْلِمَ لَيْسَ بِسَبَبٍ أَبَدًا وَوَلاؤُهُ للمُسْلِمِيْنَ**)

(**ش**): هذا كالتخصيص لقوله أولا: (سَبَبُهُ زَوَالُ الملك) وقوله: (أَبَدًا) يعني: لو أسلم، وهذا هو المعروف. المتيطي: وحكى ابن حارث عن ابن عبد الحكم أَنَّ الولاء يرجع إليه إن أسلم، وعلى الأول لا يجرِ ولاء ولده، وقاله مالك[٢].

اللخمي: والقياس أن يرجع إليه ولاؤه بإسلامه، ذكر الولاء؛ لأن العتق كالنسب، وقد قال النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**الولاء لمن أعتق**" وهو معتق.

وقال ابن المواز في مسلم له نصراني، وللعبد عبد مسلم لو أعتقه بغير علم من سيده ولم يعلم حتى أعتق العبد المسلم عبده النصراني، ثم مات العبد المسلم عن مال، فقال: ميراثه للمسلم الأعلى، وإذا صحَّ أن يجر به إلى السيد الأعلى دون جميع أن يجر إلى ولده المسلم ويرجع إليه إذا أسلم.

(ص): (**فَلَوْ أَسْلَمَ العَبْدُ بَعْدَ عِتْقِهِ عَادَ الوَلاءُ بِإِسْلامِ السَّيِّد**)

(**ش**): يعني: إذا أعتق الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد فلا يرثه سيده؛ إذ لا يرث الكافر المسلم، فإن أسلم السيد عاد ولاؤه، وتَجوَّز المصنف في قوله: (عَادَ) كَمَا في "المدونة" و"الموطأ"؛ لقوله: رجع؛ لأن كِلا اللفظين يقتضي انتقال الولاء حتى تأوله سحنون، فقال: رجوع الولاء في هذا الباب إنَّما هو في الميراث، وأَمَّا **الولاء** فهو قائم ولا ينتقل[٣].

(ص): (**وَإِعْتَاقُ العَبْدِ فِي حَالٍ يَجُوزُ انْتِزَاعُ مَالِهِ، وَلَوْ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ لَيْسَ بِسَببٍ أَبَدًا بِخِلافِ الْمُكَاتب وَلَمْ يَرُدَّهُ السَّيِّدُ...**)

(**ش**): وهذا أيضًا مخصص لقوله أولا: (سَبَبُهُ زَوَالُ الملك) وقوله: (أَبَدًا) أي: ولو أعتق فالولاء لسيده، ومراده بـ (العَبْدِ) مقابل الحر، فيدخل من فيه عقد حرية، ومن ليس فيه عقد ألبتة؛ فلذلك حسن تقييدهم بقوله: (حَالٍ يَجُوزُ انْتِزَاعُ مَالِهِ) ويدخل القن

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٤، وإرشاد السالك: ١/٢٠٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٤٧، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٠.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٠/٤٠٧، والاستذكار: ١/١٥.

والمدبر وأم الولد ما لم يمرض السيد، والمعتق إلى أجل ما لم يقرب الأجل، وأتى بقوله: (وَلَوْ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ) دَفْعًا لتوهم أنه بِلا إذن أعتقه عنه، أَمَّا لَوْ علم السيد؛ أي: فإن الولاء لَهُ، وهذا مأخوذ مِنْ مَفْهوم قوله: (يَجُوزُ انْتِزَاعُ مَالِهِ) ولهذا استغنى المصنف بالمكاتب عَمَّا يشاركه في المعنى، والمدبر أم الولد إذا مرض السيد من المعتق إلى أجل إذا قرب الأجل، والمعتق بعضه، وهو الذي أشار إليه المصنف مِنَ التفرقة بين من ينزع ماله ومن لا ينزع[1].

ابن المواز: هو أصل مالك وابن القاسم، وفي بعضها خلاف، قد قال ابن المواز فيما إذا أعتق المدبر وأم الولد في مرض السيد بإذنه، فقال أصبغ: الولاء لهما وَإِنْ صَحَّ السيد؛ لأنه يوم أعتق لم يكن للسيد نزع ماله، وإِنَّمَا ينظر إلى ساعة وقع العتق، وليس كذلك المكاتب إذا عجز بعد أن عتق عبده؛ فالولاء في هذا للسيد، ولا يرجع إن أعتق، وذكر أيضًا عن عبد الله بن عبد الحكم هذا الخلاف، قال: أحب إليَّ أَنْ يكون للسيد وإن مات في مرضه، ولا يرجع إليهما وإن أعتقا؛ لأنه كان له أخذ مالهما لو صح، وكذلك المعتق بعضه يعتق بإذن سيده، قيل له: ولا تراه مثل المكاتب؛ لأنه ممن لا ينتزع ماله، فقال: لا، للمكاتب سنة، وللعبد سنة وهو الصواب، وما روي عن ابن القاسم غير هذا فغلط عليه وإنما هو عن أشهب.

ابن المواز: والمدبر وأم الولد لا ينتزع أموالهما في مرض السيد، فإن انتزعهما ثم مات، فذلك رد له، وإن عاش بقي ذلك له، فالولاء لهما، وإن صَحَّ علمنا مِمَّن له أن ينتزع مالهما فصار له الولاء، ثم يرجع إليهما وإن عتقا.

(ص): **(وَبِخِلافِ مَا لَمْ يَعْلَمِ السَّيِّدُ بِهِ حَتَّى عَتَقَ)**

(ش): هو معطوف على قوله: (بِخِلافِ الْمُكَاتب) أي: وبخلاف ما لو أعتق العبد فلم يعلم سيده بعتقه حتى أعتقه، فإن الولاء للعبد؛ لأَنَّه لما أعتقه سيده تبعه ماله فجاز عتقه وأن له الولاء، إلا أَنْ يكون السيد استثنى ماله حين أعتقه فيرد عتق العبد ويكون العبد الأسفل رقًّا، نقله ابن يونس وغيره، وعلى هذا فيقيد كلام المصنف بما إذا لم يستثن السيد مال العبد[2].

اللخمي: وقيل في هذا الأصل أن يكون عَتِيقًا مِنْ يوم كان أعتق فيكون الولاء

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٩٧، وحاشية الدسوقي: ١٩/٦٧.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٧٦، والثمر الداني: ١/٥٤٨.

للسيد الأعلى.

(ص): **(وَلَو شَرَطَ نَفْيَ الوَلاء أَوْ ثُبوتَه لِغَيْرِ الْمُعْتِقِ أَلْغَى)**

(ش): وفي بعض النسخ: (لغا) أي: الشرط؛ أي: لأن الولاء لا يقبل النقل، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**إِنَّمَا الولاء لِمَنْ أعتق**". ولما في الصحيح من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**نَهَى عَنْ بيع الولاء وعن هبته**"[1].

(ص): **(وَيَسْتَرْسِلُ عَلَى أَوْلادِ مَنْ أَعْتَقَ مُطْلَقًا)**

(ش): أي: يسترسل الولاء على أولاد العبد المعتق وأولاد أولاده الذكور مالم يكن ولد الولد قد مَسَّه رق في بطن أمه؛ لأن القاعدة: أَنَّ الولاء لا حجر مع وجود عتق أو رق لغيره، وأن المباشر أَوْلَى، ومراده بالإطلاق: عدم ما استثناه في المسألة المعطوفة، فلا فرق هنا بين أن يكون للولد نسب من حرة أم لا، ويحتمل كون المعتِق - بكسر التاء - رجلا أو امرأة، ثم الحر مقيد بِمَا إذا لم يكن العبد في الأصل، ففي "المدونة" في الذمي يعتق عبيدًا له نصارى ثم أسلموا، ثم هرب السيد ناقضًا للعهد فسبي ثم أسلم؛ رجع إليه ولاؤهم، ولا يرثهم لما فيهم من الرقِّ ويكون ميراثهم للمسلمين، إلا أن يعتق، ولا يرثهم سيده الذي استرقه ما دام هو في الرق، ولا يشبه هذا المكاتب الأسفل يؤدي قبل الأعلى ثم يموت على مال؛ هذا يرثه السيد الأعلى أنه أعتقه مكاتب هو في ملكه بعد، وهذا إذا أعتق مولى فهو حر قبل أن يملكه هذا السيد، فإن أعتق كان ولاؤهم لمولى يجره إلى معتقه الآن، وإنما يجر إليه ولاء ما يعتق أو يولد له من ذي قبل، فأما ما تقدم من عتق أو ولد فأسلموا قبل أن يوسر؛ فلا يجر ولاءهم إلى معتقه؛ لأن ولاءهم قد ثبت للمسلمين[2].

وفي "الموازية": إذا أعتق النصراني عبيد النصارى ثم هرب السيد إلى دار الحرب ناقضًا للعهد ثم سبي فبيع وأعتق؛ أنه يجر إلى مَنْ أعتقه ولاء ما كان أعتق قبل لحوقه بدار الحرب، وهو خلاف مذهب "المدونة"، ورجح لأنه نص فيها على أن الحربية إذا قدمت بأمان فأسلمت وكان له أولاد مسلمون، ثم سبي أبوها بعد ذلك وعتق أنه يجر ولاؤها لمعتقه، وفَرق بينهما بأن تسلط الرق على أبي الحربية أقوى فلذلك جر

---

(١) أخرجه مسلم برقم (١٥٠٨).

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٥٠، والتلقين: ٢/٢٠٦.

بالاتفاق على رقه، بخلاف الذمي الناقض للعهد، فإن أشهب يرى أنه لا يرق بذلك[١].

(ص): (**وَعَلى أَوْلادِ مَنْ أَعْتَقت وَلَيْسَ لَهُم نَسَبٌ مِنْ حُرٍّ**)

(ش): يعني: أن من أعتق أمة فحملت بعد العتق؛ فإن ولاء ولده لمعتق أمهم إذا لم يكن لهم نسب من حر، ويتبين لك ذلك بكلامه في الحربية، فإنه قال: ولا يكون ولاء ولد المرأة لمواليها إلا في أربعة مواضع: أن يكون أبوهم عبدًا، أو يكونون من زنى، أو من أب لاعن فيهم ونفاهم عن نفسه، أو يكون الأب حربيًّا بدار الحرب[٢].

وقال المصنف: (وَلَيْسَ لَهم نَسَبٌ مِنْ حرٍّ) ولم يقل: وليس لهم أب حر؛ لأنه يلزم على العبارة الثانية أنه لو كان أبوهم عبدًا وجدهم حرًّا؛ أن يكون الولاء لموالي الأم، وليس كذلك بل موالي جدهم أَوْلَى، وذلك يؤخذ من العبارة الأولى، وهي قولهم: (وَلَيْسَ لَهُم نَسَبٌ مِنْ حُرٍّ) فلذلك عدل إليها.

(ص): (**مَا لَمْ يَكُنْ رِقٌّ أَوْ عِتْقٌ لآخَرَ**)

(ش): هذا شرط في استرسال الولاء على أولاد المعتق والمعتقة؛ أي: أنها يسترسل الولاء على أولادهما ما لم تكن أولادهما أرقاء أو معتقين لآخر، كمن زُوِّج أمة ثم أعتقها سيدها، وولدت لأقل من ستة أشهر، فإن الأب لا يجر ولاء الولد؛ لأنه قد مَسَّه فِي بَطْن أمه رق لآخر، وكذلك إذا أعتق رجل رجلا فأعتق آخر ابنه، فإن الأب لا يجر ولاء ولده؛ لأنه قد مَسَّه عتق لآخر.

(ص): (**وَعَلَى مَنْ أَعْتَقُوا**)

(ش): يسترسل أيضًا على عتيق عتيقه، وقوله: (مَنْ أَعْتَقُوا) جمع الضمير يتناول المعتَق والمعتقة وأولادهم[٣].

(ص): (**وحُكْمُهُ كالعُصُوبَةِ، فَيُفِيدُ عِنْدَ عَدَمِهَا الْمِيرَاثَ، وَوِلايَةَ النِّكَاحِ وَحَمْلَ العَقْلِ**)

(ش): أي: لما في الحديث عنه عليه الصلاة والسلام: "**الْوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ**"[٤]. وقصر المصنف فائدة الولاء على الإرث، والولاية في النكاح وحمل العقل

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٣، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٤.

(٢) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٣، والكافي: ١/٩٦٤.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٥، وإرشاد السالك: ١/٢٠٩.

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه، برقم (٤٩٥٠) والحاكم في المستدرك: ٤/٣٤١، وقال: صَحِيحُ

ليس بظاهر، وقد نص المصنف على أن للمولى الأعلى الحضانة، وكذلك الأسفل على المشهور، وظاهر كل منهم أنه يفيد كل ما تفيده العصبة من الصلاة على الجنازة وغسل الميت، فلو قال المصنف: فيفيد عند عدمها حكمها لأجزأ.

(ص): **(ومُعْتِقُ الأبِ أَوْلَى مِنْ مُعْتِقِ الأمِّ والْجَدِّ)**

(ش): الولاية بمعنى التقدم، وفي "الموطأ": أَنَّ الزبير بن العوام رضي الله عنه اشترى عبدًا فأعتقه، ولذلك بنون من امرأة، فلما أعتقه الزبير، قال: هم موالي أمهم بل هو موالينا، فاختصمه إلى عثمان بن عفَّان رضي الله عنه؛ فقضى للزبير بولائهم[(١)].

وكان ينبغي للمصنف أن يعين أن معتق الجد أَوْلى من معتق الأم، إلا أن يقال: إنه اكتفى عن ذلك بقوله: (وَلَيْسَ لَهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٍّ).

(ص): **(فَلَو كَانَ الأبُ رَقِيْقًا فعَتَقَ رَجَعَ عَنْهُمَا إِلى مُعْتِقِهِ)**

(ش): أي: إذا كانت الأم معتقة والجد والأب رقيقين فالولاء لمعتق الأم، فإن أعتق الجد رجع الولاء لمعتقه، فإن أعتق الأب رجع إلى مواليه.

(ص): **(وَلَوْ لاعَنَ الزَّوْجُ؛ فَوَلاءُ الوَلَدِ لِمُعْتِقِ الأمِّ، فَلَو اسْتَلْحَقَهُ رَجَعَ إِلى مُعْتِقِ أَبيهِ)**

(ش): لأنه إذا لاعن انقطع نسبه من أبيه، فلذلك كان ولاء الولد لمعتق الأم، فإذا استلحقه عاد الولاء لمعتق الأب، لما تقدم أن معتق الأب أَوْلَى مِنْ معتق الأم.

(ص): **(وَلَوْ اخْتَلَفَ مُعْتِقُ الأبِ وَمُعْتِقُ الأمِّ فِي الْحَمْلِ وَلا بَيِّنَة؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُعْتِقِ الأبِ، إلا أَنْ تَضَعَهُ لأقَل مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ عِتْقِهَا...)**

(ش): يعني: إذا ادَّعى معتق الأب أَنَّها حملت به بعد العتق ليكون الولاء بالجر، وادَّعى معتق الأم أنها كانت حاملا به يوم العتق ليكون الولاء له؛ لأنه قد مسَّ الولد رق في بطن أمه؛ فالقول قول معتق الأب؛ لأن الأصل عدم الحمل يوم العتق، إلا أن تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم العتق فيكوِّن ولاؤه لمعتق الأم؛ لأن عتقه قد باشره في بطن أمه، وأما إن ولدته لستة أشهر فأكثر؛ فإنه لمعتق الأب لما ذكرنا.

وقيَّد الشيخ أبو محمد ذلك بما إذا لم تكن ظاهرة الحمل؛ يعني: وأما الظاهرة

=

الإِسْنَادِ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ.

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٤٨/٨، ومنح الجليل: ١٨١/٢٠.

فكما لو ولدته لأقل من ستة أشهر، وبنوا هنا على الستة على قاعدتهم، ولو بنى الأمر على التسعة؛ لكونها الغالب لكان حسنًا[1].

اللخمي: واختلف هل يوقف الزوج عنها عندما تعتق حتى يعرف أنها حامل أم لا؟ فقال في "الموازية": لا يوقف عنها. وقال في "المختصر": يكف عنها حتى يتبين هل فيها أم لا؛ لمكان الولاء. وقال أيضًا في التي لها ولد من غير زوجها فهلك هذا الولد، يوقف عنها الزوج لمكان الميراث[2].

اللخمي: وعلى القول الأول لا يوقف ويعمل على ما تبين من الأصل، وهو ظاهر ما في (كتاب العتق) الثاني. اللخمي: والوقف فيه أحسن.

(ص): **(وَإِذَا شَهِدَ وَاحِدٌ بِالْوَلاءِ لَمْ يَثْبُتْ، لَكِنْ يُسْتَأْنَى بِالْمَالِ وَيَحْلِفُ وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لا يُدْفَعُ...)**

أي: لم يثبت الولاء، واستؤنى بالمال خوف أن يأتي له طالب، وخلاف ابن القاسم وأشهب مبني على القاعدة المختلف فيها بينهما؛ وهي الشهادة على ما ليس بمال إذا أدى إليه، كما لو أقامت بعد الموت شاهدًا على الزوجية، واحتج أشهب بقول مالك في أخوين يقر أحدهما بأخ وينكر الأخ؛ لا يحلف ويثبت إرثه من جميع المال؛ بل يعطيه ثلث ما في يده.

فرع:

سئل أبو بكر بن عبد الرحمن عن الذي أقام شاهدًا أنه أعتق هذا الميت فحلف واستحق ماله - على قول ابن القاسم - ثم مات لهذا الميت مولى، فقال: الرواية إن أتى بشاهد آخر استوفى الحكم وحلف أنه مولى موليه وأخذ المال خاصة.

ابن يونس: وأن ينبغي أن الشاهد يشهد أن الثاني مولى للأول، ولو شهد شاهد بما شهد به الشاهد الأول فلفق إليه وتمت الشهادة ولا يحلف، قال: ورأيت في بعض التعاليق أن في "كتاب ابن المواز " لأصبغ إذا شهد له شاهد أنه وارث فلان الميت فحلف واستحق، ثم طرأ له مال آخر لا يستحقه إلا بيمين أخرى، فجعله يكرر اليمين مع الشاهد وانظر هذا، وابن الكاتب: وقال: لا يمين عليه، والمال الثاني كالأول، ولو

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٠/٤٠٨، والاستذكار: ١/١٦.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٩٨، وحاشية الدسوقي: ١٩/٦٨.

حلف له فهو يستحق مال الميت[١].

(ص): (**وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُمَا لَمْ يَزَالا يَسْمَعَانِ أَنَّ فُلانًا ابنُ عَمِّهِ أَوْ مَوْلاهُ؛ كَانَا كَشَاهِدٍ وَاحِدٍ، وَرَوَى أَشْهَبُ: يَثْبُتُ بِهِ الوَلاءُ، وَلَكِنْ لا يُعجل وَلَعَلَّ غَيْرَهُ أَوْلَى**)

(ش): تصوره ظاهر (كَانَا) أَيْ مَا تَشْهد به من السماع كشهادة شاهد بالعتق، فيعطى له بعد الاستيناء بيمين ولا يجر بذلك الولاء؛ لاحتمال أن يكون الأصل واحدًا والولاء لا يثبت بواحد، وهذا مذهب "المدونة" وبه أخذ أصبغ[٢].

ابن المواز: ولا يعجبني، وأكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب: أنه يقضى له بالسماع بالولاء والنسب، وكذلك في الأحباس والصدقات.

ابن القاسم: إن مات في غير بلده وشهد هناك على السماع، فإن الولاء لا يثبت، وإن مات ببلده وشهد فيه على السماع، فإن الولاء لا يثبت؛ لأنه إن كان ببلده فالغالب أن الأصل السماع.

بعض القرويين: ينبغي أن يكون تفسيرًا لقول ابن القاسم هنا في "المدونة": ولو شهد شاهد على السماع لم يحلف معه، فإن قيل: ما ذكره المصنف هنا معارض لما ذكره في الشهادة، والمشهور: جريها في النكاح والولاء والنسب؛ لأن قوله جريها يقتضي أن الولاء يثبت بها، وتشبيهه هنا بالشاهد يدل على أنه لا يثبت بهما، ألا ترى أنه قد نص أنه لا يثبت الشاهد إلا أَنْ يُقال إنه لا يلزم من الجري الثبوت، بل يصدق وأخذ المال ويكون ما قدمه ليس هو المشهور؛ لقول ابن المواز: أكثر قول مالك، وابن القاسم ، وأشهب أنه يقضى له بالسماع في الولاء والنسب، أو يقيد قوله جريها في النكاح والولاء بِمَا إذا مات في غير بلده، كما أشار إليه بعض القرويين، أو يقال: قوله في الشهادات المشهور جريها في النسب، معناه إذا كان السماع فاشيًا، وليس هو هنا كذلك؛ لأنه إنما هو عن الولاء أو ابن العم[٣].

فرع:

ولا خلاف في ثبوت الولاء بالشاهدين، وكذلك أيضًا يثبت بالإقرار، ففي "المدونة": ومَنْ أَقرَّ أن فُلانًا أعتقه وفلانًا يصدقه؛ فإنه يستحقه بذلك ولاءه وإن كذبه

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٧٧/٢، والثمر الداني: ٥٤٩/١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ٢٥١/١، والتلقين: ٢٠٧/٢.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢٩٤/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٥/١٠.

قومه، إلا أن تقوم بينة بخلاف ذلك فيؤخذ بها، وكذلك إن أقرَّ بذلك عند الموت؛ فإنه يصدق. واختلف إذا قال: فلان أعتقني، فكذبه فلان، فقال ابن القاسم: لا يثبت له الولاء إلا أَنْ تقوم بينة[١].

اللخمي: وهو المعروف. وقال أصبغ في "الواضحة": يكون مولاه وإن أنكره، ونقل سحنون إجماع العلماء على أن الإقرار بالولاء ثابت. وقال أيوب: لا يثبت الولاء بالإقرار إلا عند البصريين. وذكر ابن رشد أن في المذهب ما يدل على خلاف ذلك.

(ص): **(وَعَصَبَةُ الْمُعْتِقِ أَوْلَى مِنْ مُعْتِقِ الْمُعْتِقِ)**

(ش): لأن عصبة المعتق تدلي بالنسب، ومعتق المعتق بالولاء، والنسب مُقَدَّم على الولاء.

(ص): **(فَيُقَدَّرُ مَوْتُ الْمُعْتِقِ حِينَئِذٍ؛ فَمَنْ أَخَذَ مِيرَاثَهُ بالعُصُوبَةِ أَخَذَ مِيرَاثَ العَتِيق، فَلا شَيْءَ لِلأَبِ مَعَ الابْنِ ولا للبِنْتِ وَلَوْ مَعَ الابْنِ...)**

(ش): هذا بيان لما هو الأحق - العصبة - وضابط ذلك إن تقدر موت المعتق، وحذف المصنف ظرفًا تقديره: يَوْم موت المعتق، فمن كان أحق بميراثه بالعصوبة فالولاء له، فإذا ترك رجل أخًا شقيقًا وأخًا لأب؛ فالولاء للشقيق، فإن مات الشقيق وترك ولدًا ثُمَّ مات المولى؛ فميراثه للأخ لأب؛ لأنَّه لَوْ قدر موت المعتق الآن لكان أَوْلَى من ابن الشقيق، فلذلك لا شيء للأب مع الابن فأحرى الجد، ويحتمل أن يريد المصنف بالأب الجنس فيتناول الجد وغيره، ولا شيء للبنت؛ لأنها لا ترث بالعصوبة، وبالغ بقوله: (وَلَوْ مَعَ الابن)؛ لأنها لا ترث مع الابن بالعصوبة، فإذا كانت مع كونها تَرث بالعصوبة ليس لَهَا شيء من الولاء، فأحرى إذا لم يرث بها[٢].

(ص): **(وَالأَخُ وَابْن الأَخِ أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ فِي بَابِ الوَلاء)**

(ش): عمم الأخ وابنه ليتناول الأخ للأب وابنه، وكان الأَوْلَى؛ لأن القاعدة: أن كلَّ مَنْ شارك الميت في أدنى فهو أقرب. فالأخ وابنه يلتقيان مع الميت في أبيه، والجد إنما يلتقي معه في أب الجد، ولهذا قال ابن اللباد: الفارض العلم أَوْلَى من باب الجد. وقوله: في الأم يريد: في النكاح وما في معناه مِمَّا يستحق بالعصوبة، ولعلَّ المصنف

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٤، والكافي: ١/٩٦٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٦، وإرشاد السالك: ١/٢١٠.

اعتمد على ما قدَّمه في باب النكاح[١].

(ص): **(وَلَو اجْتَمَعَ أَب الْمُعْتِق ومُعْتَقُ الأبِ فَلا وَلاء لِمُعْتِق الأبِ)**

(ش): إِنَّمَا كان أبو المعتق أَوْلَى؛ لأن العصوبة مُقدَّمة، ولا يجر الأب الولاء إلا إِذَا لَمْ يكن المعتق المباشر ولا عصبة، وفي بعض النسخ: (وَلْو اجتمع ابن المعتِق وابن المعتَق) وهي كالأولى، وهذه المسألة جزء من قوله: (وَعَصَبَةُ الْمُعْتِقِ أَوْلَى مِنْ مُعْتِقِ الْمُعْتِق) ولا يُقال الكلام السابق أفاد الأولوية لأحد الجانبين على الآخر، وهذا أفاد بيانها لأحد الجانبين ونفاها عن الثاني كَمَا قال ابن عبد السلام؛ لأن الأولوية في الأصل الْمَغْنِي وجوب التقدم فلا فرق.

(ص): **(وَلَوْ اجْتَمَعَ مُعْتِقُ أَب الْمُعْتِقِ ومُعْتِقُ الْمُعْتِق كَانَ مُعْتِقُ الْمُعْتِق أَوْلَى)**

(ش): لأنَّ معتق المعتق يُدْلِي بنفسه، ومعتق أبيه يُدْلِي بواسطة.

(ص): **(وَلا وَلاءَ لِلأنْثَى أَصْلا إِلا عَلَى مَنْ بَاشَرت عِتْقَهُ، أَوْ عَلَى مَنْ جَرَّهُ وَلاؤُهُ لَهَا بولادَةٍ أَوْ عِتْقٍ...)**

(ش): حكى سحنون على هذا الإجماع أنه لا ولاء للمرأة إلا على من باشرت عتقه، أو أعتقه من أعتقته، أو يكون ولدًا لمن أعتقته وإن سفل من ولد الذكور خاصة، ولم يبين المصنف هنا أنه لا يجر إلا أولاد الذكور؛ لأنه قال: أو **على** من جره ولاؤه لها، وقد بَيَّن أولا أن المرأة إنما تجر ولاء أولادها؛ إذا لم يكن لهم نسب من حر[٢].

(ص): **(وَلَوْ اشْتَرَى ابْنٌ وبِنْتٌ أَبَاهُمَا، ثُمَّ اشْتَرَى الأبُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ فَمَاتَ العَبْدُ بَعْدَ الأبِ وَرِثَهُ الابْنُ دُونَ البِنْت؛ لأَنَّهُ عَصَبَةُ الْمُعْتِق...)**

(ش): أي: إذا اشترياه فقد عتق عليهما. إذا أعتق الأب عبدًا ثُمَّ مات الأب؛ ورثه ابنه وابنته للذكر مثل حظ الأنثيين. ثم إذا مات المعتِق فالابن عاصب الأب بالنسب والبنت معتقة الأب، وقد تقدَّم أن العاصب المعتق أَوْلَى مِن معتق المعتق[٣].

(ص): **(وَلَوْ ماتَ الابنُ قَبْلَ العَبْدِ كَانَ للبِنْتِ مِنَ العَبْدِ النِّصْفُ؛ لأَنَّهَا مُعْتِقَةُ نِصْفِ الْمُعْتِق، والرُّبُعُ؛ لأنَّها مُعْتِقَة نِصْفِ أَبِي معتق النِّصْف)**

(ش): يعني: لو مات الأب، ثم الابن بعده، ثُمَّ العبد؛ فلها نصف ميراث

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٤٩/٨، ومنح الجليل: ١٨٢/٢٠.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٩٩/٦، وحاشية الدسوقي: ٦٩/١٩.

(٣) انظر: الذخيرة: ٤٠٩/١٠، والاستذكار: ١٧/١.

العبد المعتق؛ لأنها معتقة نصف المعتق، ونصف النصف الباقي وهو الربع؛ لأن النصف الباقي لموالي أبيها، وموالي أبيها هو أخوها فله نصفه، فيصير لها ثلاثة أَرْبَاع المال[1].

ابن يونس: ويكون لموالي أخيها الربع إن كانت أمة معتقة، وإن كانت عربية فلبيت المال.

(ص): (وَلَوْ مَاتَ الابنُ ثُمَّ الأبُ؛ كَانَ للبنْتِ النِّصْفُ بالرَّحِمِ، والرُّبُعُ بالوَلاء، والثُّمُنُ بِمَا جَرَّ الولاءُ...)

(ش): يعني: لو مات الابن ثم الأب؛ كان للبنت سبعة أَثْمَان المال؛ لأن لها النصف بالرحم، والربع بالولاء الذي لها في أبيها؛ لأنها أعتقت نصفها، ونصف الربع الباقي؛ لأن الربع الباقي لأخيها فيكون لموالي أبيه، وموالي ابنه هي أخته فلها نصف ذلك الربع، والنصف الباقي لموالي الأم إن كان معتقة، أو لبيت المال إن كانت حرة.

باب التدبير

(ص): (التَّدْبِيْرُ: وَهُوَ عِتْقٌ مُعَلَّقٌ عَلَى الْمَوْتِ عَلَى غَيْرِ الوَصِيَّةِ)

(ش): قال الجوهري: وهو عتق العبد عن دبر.

عياض: وهو مأخوذ من العتق بعد موت المعتق وإدبار الحياة عنه، ودبر كل شيء ما وراءه بسكون الباء وضمها. والجارحة بالضم لا غير، وأنكر بعضهم الضم في غيرها، ورسمه المصنف بالرسم المذكور، فقوله: (عِتْقٌ مُعَلَّقٌ عَلَى الْمَوْتِ) يشمل الوصية والتدبير[2].

وقوله: (عَلَى غَيْرِ الوَصِيَّةِ) فصل أخرج به الوصية. وأورد عليه أنه غير مانع؛ لأنه يصدق على المعلق على موت أجنبي، وليس بتدبير بل هو عتق إلى أجل، وأجيب بأن قوله: (عَلَى غَيْرِ الوَصِيَّةِ) قرينة تدل على أنه أراد التعليق على موت المعتق؛ كي لا تكون الوصية معلقة إلا على موت الموصي، أو بأن (أل) في (الوصية) نائبة مناب الضمير؛ أي: على موته[3].

(ص): (الصِّيْغَةُ: نَحو دَبَّرْتُكَ، وَأَنْتَ مُدَبَّرٌ، وَأَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي)

(ش): يعني: أن هذا الباب له ثلاثة أركان: صيغة، ومدبر، والصيغ التي ذكرها

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٧٨/٢، والثمر الداني: ٥٥٠/١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ٢٥١/١، والتلقين: ٢٠٧/٢.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢٩٤/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٥/١٠.

المصنف صريحة في التدبير، نعم قد يخرج عن هذه الصيغة إلى الوصية بالقرينة؛ كقوله: أنت حر عن دبر مني ما لم أغير ذلك أو أرجع عنه أو أفسخه، كَمَا أَنَّ صريح الوصية إذا صحبه قرينة تدل على إرادة التدبير انتقل حكمه؛ كقوله: إذا مت فعبدي فلان حر لا يغير عن حاله أو لا مرجع له فيه، فهذا كله حكم التدبير، حكاه عياض. وحكى بعضهم في الوصية إذا التزم الموصي عدم الرجوع عنها هل يلزمه ذلك؟ قولان.

(ص): (**أَوْ بَعْدَ مَوْتِي وَشِبْهُهُ**)

(**ش**): هذا مذهب أشهب؛ لأن مذهب ابن القاسم قال في "المدونة"، قيل: ومن قال لعبده أنت حر يوم أموت. قال: قال مالك فِيْمَن قال في صِحَّته لعبده: أنت حر بعد موتي فأراد بيعه أنه يُسأل: فإن أراد وجه الوصية صدق، وإن أراد التدبير صدق ومنع من بيعه.

ابن القاسم: وهي وصية أبدًا حتى يتبين أنه أراد التدبير. وقال أشهب: إذا قال هذا في إحداث وصية لسفر؛ لما جاء: "**إنه لا يَنْبَغي لأحد أَنْ يَبِيتَ لَيْلَتَيْنِ، إلا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ**"[(١)]. فهو تدبير إذا قال ذلك في صحته.

ابن القاسم بعد الكلام المتقدم: وإن قال: إن كلمت فلانًا فأنت حر بعد موتي فكلمه؛ لزمه عتقه بعد موته، كما لو حلف بالعتق ولم يقل بعد موتي فحنث؛ فإنه يلزمه. قال: فكذلك هذا يلزمه ويعتق من ثلثه وصار حنثه بالعتق بعد الموت شبيهًا بالتدبير، وفرق في قوله: أنت حر بعد موتي بين غير المعلق فجعله وصية، وبين المعلق فجعله تدبيرًا.

أبو عمران: ولا خلاف إذا قال ذلك في مرضه وسفره إن كان وصية. قال في "المدونة"، وإن قال: أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر أو أكثر؛ فهو من الثلث ويلحقه الدين. قالوا: وهذا وصية؛ لأن مخالفة التدبير بكونه ليس معلقًا على الموت قرينة في إرادة الوصية[(٢)].

(ص): (**وَأَمَّا إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ مِنْ سَفَرِي هَذَا فَوَصِيَّةٌ لا تَدْبِيرٌ**)

(**ش**): لما ذكر أولا قوله على الوصية أخذ يبين ما هو وصية، وإِنَّمَا كان وصية؛ لأَنَّ قوله هذا يقتضي أن له الرجوع إِنْ لَمْ يمت في ذلك المرض أو السفر، فكان ذلك

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٦٢٨).

(٢) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٤، والكافي: ١/٩٦٥.

قرينة صارفة عن التدبير؛ إذ التدبير لا رجوعَ فيه، وما ذكره المصنف هو قول ابن القاسم في "العتبية"، وله في "الموازية" أن ذلك تدبير، حكاه اللخمي وعياض وغيرهما.

عياض: واختلف إذا قيد تدبيره بشرط، فقوله: إن مت في مرضي، أو سفري، أو في هذا الباب، إذا قدم فلان فأنت مدبر، هل هي وصية له الرجوع فيها، وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ، إلا أن يكون قصد التدبير، وله في "الموازية" وكتاب " ابن سحنون": هو تدبير لازم، وقاله ابن كنانة(١).

(ص): (**وَأَنْتَ حُرٌّ قَبْلَ مَوْتِي بِسَنَةٍ إِنْ كَانَ السَّيِّدُ مَلِيئًا لَمْ يُوقَفْ، فَإِذَا مَاتَ فَإِنْ كَانَ صَحِيْحًا وَقْتَ الأَجَلِ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَيَرْجِعُ بِكِرَاءِ خِدْمَتِهِ سَنَةً، فَإِنْ كَانَ مَرِيضًا فَمِنْ ثُلُثِهِ وَلا رُجُوعَ لَه بِخدْمَتِهِ، وَإِنْ كَانَ غَيرُ مَلِيءٍ وُقِفَ خَرَاجُهُ سَنَةً، ثُمَّ يُعْطَى السَّيِّدُ بَعْدَ كُلِّ شَهْرٍ بَعْدَهَا خَرَاجُ شَهْرٍ قَبْلَهَا**...)

(ش): قوله: (بسنة) يريد أو شهرًا، أو سنتين، أو نحو ذلك، فإن كان السيد مليئًا لم يوقف؛ أي: خراج خدمة العبد وترك لسيده يستخدمه، فإذا مات السيد فلا يخلو أن يكون قبل الموت بسنة مريضًا أو صحيحًا، فإن كان مريضًا فقد تبين أنه أعتقه في المرض فيخرج من ثلثه بغلة على تركة سيده؛ لأن كل من خرج من ثلثه فغلته لسيده؛ لأنها لا ينظر فيه إلا بعد الموت، وإن كان عند السنة صحيحًا فقد تبين أنه أعتقه في الصحة؛ فيعتق من رأس المال ويرجع بكراء خدمته في السنة؛ لأنه قد تبين أنه كان مالكها في نفس الأمر، ولهذا لا يضرهما استئذان السيد بعد السنة أو غيرها، وإن كان السيد حين التعليق معسرًا وقف خراج العبد سنة، ثم يعطى السيد بعد كل شهر بعد السنة خراج شهر قبلها؛ أي: السنة المحفوظة للسنة المتقدمة، وهذا قول ابن القاسم في "العتبية"، والأقرب أنه يدفع كل يوم من السنة خراج يوم قبلها، وقاله ابن القاسم أيضًا، ونقله سحنون عن بعض الأصحاب، ولم يصف سحنون فيما حكاه بين أن يكون السيد معسرًا أو موسرًا، وحكى في "البيان " ثلاثة أقوال:

الأول: يعجل عتقه من الآن ولا ينتظر به موت سيده؛ لاحتمال أن يكون لم يبق بينه وبين موته إلا مثل الأجل الذي سمى أو أقل؛ فلا يسترقه بالشك وهو أحد قولي ابن القاسم(٢).

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٦، وإرشاد السالك: ١/٢١٠.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٤٩، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٢.

الثاني: أن يكون يعتق بعد موته من الثلث، وله أن يطأ إن كانت أمة؛ لأنه عتق لا يكسبه إلا الموت، وهو قول أشهب.

الثالث: لا يعتق من رأس المال ولا من الثلث للشك، وهو لأشهب أيضًا وهو أضعف الأقوال، وأظهرها قول ابن القاسم؛ يعني: ما ذكره المصنف.

وعورضت هذه المسألة بما إذا قال: أنتِ طالق قبل موتي بشهر؛ فإنه يعجل الطلاق، وقد يجاب بأن الطلاق أضيق؛ لأنه لا يقبل التأجيل التبعيض، ألا ترى أنه لو قال: أحد من نسائي طالق؛ أنه يلزمه طلاق الجميع. المشهور: لو قال أحد عبيدي حر اختار عتق واحد.

(ص): (**الْمُدَبِّرُ شَرْطُهُ: التَّمْيِيزُ لا البُلُوغ؛ فَيَنْفُذُ مِنَ الْمُمَيِّزِ وَلا يَنْفُذُ مِنَ السَّفِيهِ**)

(**ش**): لما فرغ من الصيغة شرع في المدبِّر - بكسر الباء - وشرط فيه التمييز، فيخرج المجنون والصغير الذي لا يميز، والأقرب أن التدبير يلزم السكران كما يلزمه العتق على المشهور، وما ذكره من نفوذه من المميز هو مفهوم كلام ابن شاس.

ابن راشد وابن عبد السلام وغيرهما: وهو كذلك. ففي "البيان": أما الصغير فلا خلاف أنه لا يجوز طلاقه ولا عتقه ولا شيء من أفعاله. وفي "النوادر": أن تدبير من لم يبلغ الحلم لا يجوز بخلاف وصيته. والفرق بين التدبير والوصية: أن الوصية: إنما تخرج بعد موته وله الرجوع، والتدبير: ليس له الرجوع فيه[1].

وقوله: (لا يَنْفُذُ مِنَ السَّفِيهِ) يريد المولى عليه، وسواء كان ماله واسعًا أم لا. وقال ابن كنانة: إن لم يكن له غير العبد الذي دبر لم يجز تدبيره، وإن كان ماله واسعًا لا يجحف العبد به - فإن ذلك له - جاز، وإن دبر عبدًا من وَجْهِ رقيقه، أو لكثرتهم ثَمنًا، أو جارية مرتفعة هي جُلُّ ماله؛ فلا يجوز.

ابن رشد: وهو استحسان. ابن عبد السلام: ولا ينفذ من السفيه هو قول أشهب، وقال ابن القاسم: له أن يدبر في المرض، فإن صحَّ بطل. وقال ابن كنانة: يجوز تدبيره ولا يقع إلا بعد موت، وإنما يمنع من ماله في حياته. انتهى. فانظر نقله مع نقل ابن رشد. أمَّا السَّفيه غير المولى عليه؛ فالمشهور عن ابن القاسم أن أفعاله جائزة، والمشهور عن مالك أن أفعاله مردودة.

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤٠٩/١٠، والاستذكار: ١٧/١.

(ص): (**وَفِي نُفُوذِهِ مِنْ ذَاتِ الزَّوْجِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا مَالٌ سِوَاهُ قَوْلانِ لابنِ القَاسِمِ وسَحْنُون**)

(ش): احترز بذات الزوج من الأيم فإن تدبيرها ينفذ. وروى ابن القاسم نحو قوله عن مالك؛ لأن التدبير لم يخرجه من يدها ولها فيه الخدمة والتحمل، وبقول سحنون قال مطرف وابن الماجشون. وروى أيضًا عن مالك قد ألزمته إلزامًا لا رجع لها فيه فصار ذلك كالتفويت، ويَنْبَغِي أَنْ يُقيد بِمَا إذا أنقصه التدبير أكثر من ثلث مالِهَا، والله أعلم[1].

(ص): (**وَإِذَا دَبَّر الْكَافِرُ عَبْدَهُ الْمُسْلِمَ صَحَّ، وَفِي مُؤَاجَرَتِهِ أَوْ تَنْجِيزِ عِتْقِهِ قَوْلانِ لابْنِ القاسِمِ وَمُطَرِّفٍ...**)

(ش): احترز بـ (الْمُسْلِم) مِمَّا لَوْ دبر عبده الكافر؛ فإنه لا يلزمه وله الرجوع فيه، نص عليه ابن القاسم. وقوله: (المسلم) يشمل صورتين:

الأولى: أَنْ يسلم في ملكه ثم يدبره.

الثانية: أَنْ يَشْتَرِيه مسلم ثم يدبره. وفي كل منهما ما ذكره المصنف، وما قاله ابن القاسم هو له في "المدونة" يؤاجر عليه ويحال بينه وبينه، وبقول مطرف قال ابن الماجشون، وهو ظاهر؛ لأنه يحتمل في استدامة ملك الكافر[2]. وزاد اللخمي في الصورة الثانية قولا ثالثًا: أن الشراء فيه منعقد وكأنه دبر عبد غيره.

ابن القاسم: وإن آجر مدبر النصراني إذا أسلم وقبض المستأجر أجرته فأتلفها، ثم مات قبل أن يخدم العبد شيئًا، فإن رضي العبد أن يخدم مدة الإجارة رغبته في عتق جميع ثلثه؛ فذلك له، ثم يباع باقيه على ورثة سيده النصراني ولا كلام لمن استأجره، وإن أبى العبد أن يخدم في حصة ما أعتق، إن رضي الذي استأجره أن يخدم ما رق منه لاستحقاق بعض ما استؤجر؛ بيع من جميعه بقدر الإجارة وعتق ثلث ما بقي وبيع على الورثة ما بقي بعد ذلك، وإن رضي المستأجر أن يخدم ما رق منه للورثة؛ فليبع من ثلثه بقدر ثلث الإجارة ويعتق ما بقي من ثلثه ويخدم المستأجر ثلثه حصة ما رق منه، وإذا تمت الإجارة بيع على الورثة ما رق لهم منه، إلا أن يسلما قبل ذلك فيبقى لهم.

ابن الجلاب: وإن دبر الحربي عبده ثم أسلم العبد أوجر عليه من مسلم ودفعت له

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٩٩، وحاشية الدسوقي: ١٩/٦٩.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٧٨، والثمر الداني: ١/٥٥٠.

إجارته، فأما إِنْ مَات عتق من ثلثه، ويخرج فيها وجه آخر؛ وهو أن يباع عليه ويدفع إليه الثمن اعتبارًا بأم الولد إذا أسلمت قبله.

(ص): **(وَيَرْتَفِع سَيِّده عَمْدًا، أَوْ باسْتِغْرَاقِ الدَّيْنِ لَهُ ولِلتَّركَةِ)**

(ش): أي: يَرْتَفِع التدبير بقتل سيده عَمْدًا، كَمَا أَنَّ القاتل عَمْدًا لا يرث؛ لأَنَّهُمَا لَمَّا استعجلا الشيء قبل أَوَانِهِ عُوقِبَا بحرمانه، واحترز بالعَمْدِ من الخطأ، فإنه يعتق في مَالِهِ لا ديته، ويرتفع أيضًا باستغراق الدين له وللتركة؛ لأنَّ الدين إِنَّمَا يخرج من الثلث والدين مُقَدَّم، كما لو كان المدبر يساوي مائة والتركة مائتان وعليه ثلاث مائة[1].

(ص): **(وَيَرْتَفِعُ بَعْضُهُ بِمُجَاوَزَةِ الثُّلُثِ)**

(ش): ويبطل بعض المدبر بسبب مجاوزة ذلك البعض الثلث؛ لأنَّه إِنَّمَا يخرج من الثلث، وفي الدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنه أَنَّ رسولَ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "الْمُدَبَّرُ لا يُبَاعُ، وَلا يُوهَبُ، وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ"[2]. وضَعَّفه أبو عمر، وقال: الصحيح أنه مَوْقوف على ابن عمر.

(ص): **(وَلَوْ ضَاقَ الثُّلُثُ وَكَانَ للسَّيِّدِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ عَلَى حَاضِرٍ مُوسِرٍ بِيْعَ بالنَّقْدِ، وَإِنْ كَانَ حَالا عَلَى قَريب الغَيْبَةِ اسْتُؤْنِي بالعِتْقِ قَبْضُهُ، وإلا بِيْعَ للغُرَمَاء، فَإِنْ حَضَرَ الغَائِبُ أَوْ أَيْسَرَ الْمُعْدَمُ بَعْدَ بَيْعِهِ؛ فَفِيْهَا: يَعْتِقُ مِنْهُ حَيْثُ كَانَ، وقَالَ ابنُ القَاسِمِ: للوَرَثَةِ الفِدْيَةُ دُونَهُ...)**

(ش): أي: لو ضاق ثلث السيد عن خروج المدبر منه، وكان للسيد دين مؤجل على حاضر مليء؛ بيع بالنقد ليخرج المدبر، فإن كان الدين يساوي مائة وترك السيد مائة والمدبر يساوي مائة أعتق، ولا يريد المصنف بيع بالنقد؛ أي: بالعين، بل المراد المعجل؛ لأن الدين إذا كان عينًا إنما يباع بالعرض، وإن كان الدين حالا على قريب الغيبة؛ فلا يباع واستؤني العِتْقُ قبضَ ذلك الدين مِمَّن هو عليه ويعتق فيه المدبر، وقرب الحلول كالحال، هكذا أشار إليه صاحب " البيان"[3].

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٥١، والتلقين: ٢/٢٠٧.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه، ١٠/٣١٤، وقال علي بن حرب: وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ قَالَ عَلِيٌّ: لَمْ يُسْنِدْهُ غَيْرُ عُبَيْدَةَ بْنِ حَسَّانَ، وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَإِنَّمَا هُوَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ مَوْقُوفًا مِنْ قَوْلِهِ، وَلا يَثْبُتُ مَرْفُوعًا.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٤، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٥.

قوله: (وإلا) أي: وإن لم يكن على حاضر موسر، بل على غائب ولو كان مليًّا أو على معسر، ولو كان حاضرًا بيع المدبر للغرماء، أو بيع منه ما جاوز الثلث، وإن حضر الغائب بعد بيعه أو أيسر المعدم؛ فقولان أوجههما في "المدونة"، هكذا ذكر المصنف، وإنما ظاهرهما على ما قاله اللخمي - نعم هو مذهب عيسى واصبغ -: يعتق منه حيث كان، سواء كان في يد وارث أو مشتر[1].

الشيخ أبو محمد: وهذا هو المعروف عن مالك وأصحابه، والثاني لابن القاسم في "العتبية"، والنفس إليه أميل، وليس كمالٍ طرأ للورثة ولم يتقدم علمهم به؛ لأن هذا قد علموا به، وأبطل الشرع حق المدبر منه، ثم إن ابن القاسم إنما أبطل حق المدبر في هذا القول إذا أخرج عن يد الورثة ببيع، أو هبة، أو صدقة، أو وجه من الوجوه. قال: وأما إن كان بيد الورثة؛ فإنه يعتق في ثلثه ما اقتضى، وعلى هذا فالاتفاق على أنه يعتق منه إن كان المدبر بيد الورثة، وإنما اختلف إذا لم يكن بأيديهم، وهكذا أشار إليه اللخمي.

(ص): (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُدَبَّرِ، وَلا هِبَتُهُ، وَلا الرُّجُوعُ عَنْهُ، وَلا إِخْرَاجُهُ عَنْ مِلْكِهِ إِلا بِالْحُرِّيَّةِ)

(ش): منع بيعه هو المشهور، ونقل في "الموطأ": أنه الأمر المجمع عليه عندهم.

ابن عبد البر: كان بعض أصحابنا يُفْتِي ببيعه إذا تخلق على مولاه وأحدث إحداثًا قبيحًا، وذهب الشافعي وجماعة إلى جواز بيعه؛ لما في الصحيحين: "بلغ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن رجلا من أصحابه أعتق غلامًا عن دبر لم يكن له مال غيره، فباعه بثمان مائة درهم ثم أرسل ثمنه إليه". والجواب أنه قد روى النسائي في بعض طرقه أن الرجل كان عليه دين، ونحن نقول بموجبه، وأيضًا فقد ذكر عبد الحق عن أبي مريم عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي الأنصاري: أنه روى عن أبي جعد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه في قصة هذا المدبر، قال: إنما أذن ببيع خدمته. ويشهد للثاني ما رواه مالك: أن عائشةَ رضي الله عنها باعت جارية لها سحرتها. أرادت بذلك تعجيل العتق بقتلها[2].

مالك وسحنون: وكانت مدبرة، وإذا فرعنا على المذهب، فلو بيع المدبر فسخ بيعه

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٤، والكافي: ١/٩٦٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٦، وإرشاد السالك: ١/٢١٠.

ما لم يتصل به عتق، واختلف حينئذٍ قول مالك، فقال مرة: بإمضاء البيع ويجوز وولاؤه للمشتري، وقال مرة: يفسخ لأن الأول لما دبره فقد انعقد ولاؤه له، فَلَوْ أَمْضَاه للمشتري لزم نقل الولاء، والأول أشهر والثاني أقيس، وعلى الأشهر فقال مالك: لا شيء على البائع والثمن سيغ له حلال، وقاله ابن القاسم، وقال ابن كنانة: يؤمر أن يتضح من ثمنه، وقال ابن القاسم: إذا باع مدبره وجعل أمره وما صار إليه فليجعل ثمنه كله في مدبر، وجمع بعض الشيوخ مسألة: إذا مات هذا المدبر عند مشتريه أو أعتقه، وذكر أربعة أقوال:

الأول: أنه لا يجب عليه أن يَتَنَجَّز من ثمنه في الوجهين. **والثاني**: مقابله. **والثالث**: يجب عليه أن يَتَنَجَّز بما زاد على قيمته على الرجاء والخوف فيها. **الرابع**: الفرق فيجب عليه التنجز من الزيادة في الموت دون العتق[1].

(ص): **(وَلَوْ جَنَى لَمْ يُبَع، فَفِيهَا: وَإِنْ شَاء السَّيِّدُ أَسْلَمَ خِدْمَتَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِي أَرْشَهَا أَوْ فِدَاهُ، فَإِنْ أَسْلَمَهُ فَمَاتَ السَّيِّدُ قَبْل اسْتِيفَائِهِمْ فَإِنْ عَتَقَ فَفِي اتِّبَاعِهِمْ ذِمَّتَهُ قَوْلانِ، فَإِنْ رُقَّ بَعْضُهُ تَعَلَّقَ بِهِ حِصَّتُهُ مِمَّا بَقِيَ وَخُيِّرَ الْوَرَثَةُ بَيْنَ إِسْلام الْبَعْضِ وافْتِكَاكِهِ...)**

(ش): إِذَا جَنَى المدبر جناية لم يبع في تلك الجناية. وقوله: (حَتَّى يَسْتَوْفِي أَرْشَهَا) يَعْنِي: أَنَّ المجني عليه لا يملك جميع الخدمة، بَلْ إِنَّما لَهُ من الخدمة بمقدار أرش جنايته، وهذا هو المشهور، وقيل: إِنَّه يملك الجميع، وعلى المشهور فللسيد أن يقاص أهل الجناية بما أخذوا من الجناية، ويدفع لهم بقية الأرش وقاله التونسي، هذا التخيير الذي ذكره المصنف مقيد بما إذا لم يكن للمدبر مال، فإن كان له مال لم يكن للسيد إسلامه من مجني عليه بخدمته، بل يدفع أرش الجناية من ماله، نص عليه في "المدونة" وغيرها، وإن أسلمه السيد فمات السيد قبل أن يستوفي ذو الجناية أرشها، فإن حمله الثلث نفذ عتقه، ثم في اتِّباع ذي الجناية للمدبر قولان:

- **مذهب المدونة**: أنه يتبع[2]. والقول بأنه لا يتبع حكاه ابن الجلاب. وسبب الخلاف: هل تدفع الخدمة للمجني عليه على سبيل التقاضي أو على سبيل المعاوضة والتمليك؟

فعلى الأول يرجع إلى السيد إذا استوفى المجني عليه أرش الجناية، ويتبع المدبر

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٤٩/٨، ومنح الجليل: ١٨٢/٢٠.

(٢) انظر: الذخيرة: ٤٠٩/١٠، والاستذكار: ١٧/١.

إذا مات السيد قبل استيفاء الجناية، وعلى الثاني العكس فيهما؛ بناءً على أن الجناية إنما تعلقت بالخدمة، والخدمة سقطت بالعتق أو تعلقت برقبته، ولما منع الشرع من بيعه لأجل التدبير وزوال التدبير بقيت الجناية متعلقة برقبتها، وأما تعذر بيعها لأجل الحرية؛ تعلقت بالذمة، وإن لم يحمل الثلث رقبته؛ عتق منه محمل الثلث حتى لو لم يترك السيد غيره عتق ثلثه ورق ثلثاه، وكان ثلثاه بقي من رأس الجناية متعلقًا بما رق من الرقبة، ويختلف في اتِّباع ثلث الحر، وهذا قول المصنف: (تَعَلَّقَ بِهِ حِصَّتهُ مِمَّا بَقِيَ) يعني: من أرش الجناية، وهكذا الفقهاء السبعة: أن الورثةَ مُخَيَّرون في إسلام ما بقي[1].

محمد: وإنما يخير الورثة في الباقي، وقد كان السيد أسلمه؛ لأنه إنما أسلم خدمته فيما صار بعضه رقًّا خيروا؛ لأنه غير ما أسلمه السيد[2].

(ص): (وَلَوْ جَرَحَ الْمُدَبَّرُ ثَانِيًا بَعْدَ إِسْلامِهِ تَحَاصَّا بِبَقِيَّةِ الأولَى وجُمْلَةِ الثَّانِية بِخِلاف القِنِّ يَجْرَحُ فَيُخَيَّرُ الأَوَّلُ بَيْنَ إِسْلامِهِ وافْتِكَاكِهِ..)

(ش): يعني: جرح المدبر واحدًا وأسلم إليه ثم جرح ثانيًا؛ ففي "المدونة": يتحاص هو والأول في خدمة الثاني لجميع أرش جرحه، والأول بما بقي له إن كان استخدمه شيئًا، بخلاف العبد القن؛ فإنه إذا أسلم ملك للمسلم إليه، فإذا جرح ثانيًا كان المجروح أولا من سيده فيخير بين أن يسلمه أو يفديه، والتخريج لابن الجلاب وهو مبني على القول أنه يدفع الخدمة تمليكًا، والقن في اللغة أخص منه عند الفقهاء العبد الذي لا شائبة فيه من شوائب الحرية. وقال في "المحكم": القن: هو الذي ملك أبوه وكذلك الاثنان والجمع، هذا الأعرف، وحكي جمعه: أقنان وأقن، والأقناء قن بغير هاء، وقال اللحياني: العبد القن الذي ولد عندك ولا يستطيع أن يخرج عنك.

تنبيه: لم يتكلم المصنف على الركن الثالث وهو المدبَّر بفتح الباء؛ لدلالة كلامه عليه، وهو كل من فيه شائبة رق من عبد أو أمة، صغيرًا وكبيرًا وجميلا.

(ص): (وَوَلَدُ الْمُدَبَّرِ مِنْ أَمَتِه بَعْدَ التَّدْبيرِ بِمَنْزِلَتِهِ)

(ش): احترز بـ (أَمَتِهِ) من زوجته؛ لأن الزوجة إذا كانت حُرَّة فالولد حر، وَإِنْ كانت أمة فهو رقيق لسيدها. واحترز بـ (بَعْدَ التَّدْبِيرِ) مِمَّا لو حملت به قبله؛ فإنه لا يكون مدبرًا ولو ولد بعده، فإذا ولدته لستة أشهر فأكثر مِنْ يَوْمِ التَّدْبير كان مدبرًا مع أبيه، ويحمل

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٩٩/٦، وحاشية الدسوقي: ٦٩/١٩.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٧٨/٢، والثمر الداني: ٥٥٠/١.

على أنها حملت به بعد التدبير، وإن ولدته لأقل كان رِقًّا لسيده ولَمْ يكن مدبرًا مع أبيه[١].

ابن حبيب: وإن أحدث السيِّد دينًا؛ فلا يباع الولد وَهُوَ صغير ويوقف إلى حدِّ التفرقة فيباع، وكذلك لو كان الصغير هو المدبر دونها، وإِذَا كان ولد المدبر بمنزلة أبيه، فهل يحاص أباه عند ضيق الثلث على المشهور في المدبرين في كلمة واحدة خلافًا لابن نافع الذي يقول: مِنْهُم محمل الثلث بالقرعة، أو يكون الأب مُقدَّمًا في الثلث؛ لأَنَّه تقدم تدبيره على تدبير ولده؛ كالمدبر من أحدهما بعد الآخر، والثاني هو الظاهر، والأول هو المنقول في "المدونة" وغيرها[٢].

(ص): ﴿وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ كَذَلِكَ﴾

(ش): أي: ما ولد للمدبرة من زوجها بمنزلتها؛ يعتق بعتقها، أَمَّا لو أعتقها السيِّد فِي حياتِهِ لم يعتق إلا بموت سيدهم.

(ص): ﴿والحَمْلُ عِنْدَ التَّدْبيرِ كَذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ﴾

(ش): أي: إذا دبرها وهي حامل، فإن الولد يتبعها ولا يشترط في حملها أن يكون كائنًا بعد التدبير كما اشترط فِي حمل المدبر من أمته؛ لأَنَّ ما في بطن المدبرة عضو من أعضائها ولا يصح استثناؤه، أوْ لأن أمة المدبر ليس فيها عقد تدبير وإنما عقد التدبير في سيدها، بخلاف المدبرة فيما إذا صادق الولد التدبير وهو في بطنها فقد شمله ذلك.

(ص): ﴿وَفِي صَيْرُورَةِ أَمَةِ مُدَبَّرٍ تَحمِلُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ، ثُمَّ يَعْتِقُ أَمَّ وَلَدٍ قَوْلانِ﴾

(ش): يعني: أَنَّ أمة المدبر إذا حملت بعد عقد التدبير، ثم يعتق سيدها بموت سيده وخروجه من الثلث، فَهل تكون بذلك الحمل أمَّ ولدٍ؟ ففي ذلك قولان وهما لمالك في (كتاب أمهات الأولاد) من "المدونة"؛ ففيها، قال ابن القاسم: وكل ما ولد لمدبر أو مكاتب من أمته فما حملت به بعد عقد التدبير أو الكتابة فهو بمنزلته يعتق مع المكاتب بالأداء ومع المدبر في الثلث، وإذا أعتقا كانت الأمة أم ولد بذلك لهما؛ كان الولد حيًّا أو ميتًا، وقاله مالك. وقال ابن القاسم: لأن ولدها بمنزلة أبيه فوجب أن يجري فيها ما جرى في ولدها[٣].

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٥٢، والتلقين: ٢/٢٠٨.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٥، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٦.

(٣) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٥، والكافي: ١/٩٦٦.

سحنون: ولمالك قول أنها لا تكون أم ولد بذلك، وقاله الرواة في المدبر خاصة أن لسيدها انتزاعها إن لم تكن حاملا، وأن المدبر لا يتبعها إلا بإذن السيد، قالوا: وأما المكاتب فهي له أم ولد إذا أعتق، إذا كان السيد ممنوعًا من ماله، وليس للمكاتب بيعها وإن أذن له سيده حتى يخاف العجز، والقياس كما قاله ابن المواز: أنها لا تكون به أم ولد، وهو قول أشهب وعبد الملك. واستحسن ابن... أن تكون به أم ولد.

(ص): **(وَلِلسَّيِّدِ انْتِزَاعُ مَالِهِ مَا لَمْ يَحْضُرْهُ الوَفَاةُ أَوْ يُفْلِسْ)**

(ش): في كلامه نظر؛ لأن أهل المذهب نصوا على أَنَّ السيد إذا مرض مرضًا مخوفًا لا يجوز له الانتزاع، فإذن مراده بقوله: (مَا لَمْ يَحْضُرْهُ الوَفَاةُ) ما لم يمرض مرضًا مخوفًا؛ لأنه حينئذٍ إنما ينزع لغيره وهذا هو المشهور، وقيل: له أن ينتزع، وفي بعض النسخ أو يفلس، وقد يحمل قوله: (أَوْ يُفْلِسْ) على المريض؛ أي: ما لَمْ يُفْلِسْ المريض[1]. قال في "المدونة": وَإِنْ أَفْلَس المريض لَمْ يَكنْ لَهْ أَنْ يَأخذَ مال مدبره للغرماء.

(ص): **(وَلَيْسَ لِلْغُرَمَاءِ أَخْذُ مَالِهِ)**

(ش): أي: لو أفلس السيد لم يكن للغرماء أخذ مال المدبر ولا لهم أن يجبروا السيد على انتزاعه؛ لأنَّهم لم يعاملوه على ذلك، كما لا يجبرونه على قبول الهبة ولا على السلف، وخرج قول بأن يكون لهم جبره على الانتزاع مِمَّا قيل في المذهب فيمن حبس عليه حبس؛ يعني: وشرط عليه المحبس أن يبيع إذا احتاج إلى البيع أن لهم إجباره عليه.

(ص): **(وَيُقَوَّمُ بَعْدَ وَفَاةِ سَيِّدِهِ بِمَالِهِ. قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: فَإِنْ حَمله الثُّلُثُ عَتَقَ، وَإِلا أُعْتِقَ بَعْضُهُ، وَأُقِرَّ مَالُهُ بِيَدِهِ. وَقَالَ ابنُ وَهْبٍ: أَمَّا إِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ عَنِ الْمُدَبَّرِ بِمَالِهِ ضُمَّ مَالُهُ مَعَ التَّرِكَةِ، فَإِذَا عَتَقَ أُعْطِيَ بَقِيَّةَ الثُّلُثِ...)**

(ش): قوله: (بماله) مثاله: قيمته بماله مائتان والتركة أربع مائة (وإلا) أي: وإن لم يحمله الثلث عتق ما يحمله الثلث، كما لو كانت المسألة بحالها التركة مائة فقط؛ فيعتق منه نصفه فقط، ويقر بيده نصف ماله وهو خمسون. وقول ابن القاسم منقول عن مالك، وعلى قول ابن وهب: يعتق كله؛ لأنه إذا ضممت المائة التي بيده إلى المائة التي للميت

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٧، وإرشاد السالك: ١/٢١١.

خرج جميعه منه. وقوله: (أُعْطِيَ بَقِيَّةِ الثُّلُثِ) يريد: إِنْ بَقِي شيء من الثلث.

ابن وهب: فإذا كانت قيمة المدبر مائة دينار وله ثمان مائة دينار؛ كان له من ماله مائتا درهم[١].

قال: وكذلك يفعل بالذي أوصى بعتقه وللعبد مال، ورواه ابن وهب عن الليث وربيعة ويحيى بن سعيد[٢].

اللخمي: وعلى قول ابن القاسم يعتق ثلثه هنا ويقر المال بيده. وقال في "الموازية": وإن دبر عبده في صحته واستثنى ماله فذلك جائز.

ابن القاسم: ويُسْتَثْنى ماله بعد الموت ويقوم في ثلث سيده بغير ماله، ويأخذ ما في يديه فيحسب من مال سيده، بمنزلة مَنْ قال: إذا مت فعبدي حرٌّ أو مدَّبرٌ وخذوا ماله.

باب الكتابة

(ص): (**الكِتَابَةُ: وَهِيَ غَيْرُ وَاجِبَةٍ عَلَى السَّيِّد، فَلا يُجْبَرُ العَبْدُ أَيْضًا عَلَى الأَصَحِّ**)

(ش): **الكِتَابَةُ**: عتقُ الرجل عبدَهُ على مال يؤديه منجمًا، وسميت كتابة - مصدر كتب - لأنه يكتب على نفسه لمولاه ثمنه ويكتب له مولاه العتق، ويحتمل أن يكون من الإيجاب واللزوم؛ لالتزام العبد والسيد، وما ذكرناه، قال الله تعالى: ﴿كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ﴾ [الأنعام: ٥٤] ويقال فيها: كتابة، ومكاتبة، وكتابًا، قال الله العظيم: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] وخص العبد باسم المفعول؛ لأنَّ الأصلَ الكتابة من السيد، وهو الذي يكاتب عبده، ونبَّه بقوله: (غَيْرُ وَاجِبَةٍ) على قول الظاهرية لإيجابها للأمر؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾.

وروى الجمحي أن الكتابة دائرة بين العبد نفسه وعتقه، وكل منهما غير واجب، واختلف هل هي مُسْتحبة وهو مذهب "المدونة"، وحَكَاه ابن القصار عن مالك، وقاله ابن شعبان، أو مُباحة وهو الذي حَكَاه ابن الجلاب عن مالك، وبه قال القاضي إسماعيل والقاضي عبد الوهاب؟ واختلف في الخير المذكور في الآية هل هو المال، أو القدرة على الكسب، أو الصلاح، أو الدين والمال، أو الأمانة إلى غير ذلك من

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٥٠، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٣.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٠/٤١٠، والاستذكار: ١/١٨.

الأقاويل. والمنقول عن مالك في "الموازية": أنه القوة على الأداء[1].

قوله: (فَلا يُجْبَرُ) هو المشهور، وهو قول ابن القاسم وأشهب وعبد الملك، ومقابله روي عن مالك وأصبغ. واختار اللخمي الإجبار إذا رضي السيد بمثل خراجه وأزيد يسيرًا والأقل؛ لأنها منفعة للعبد خالية عن مضرة[2].

(ص): (**أَرْكَانُهَا: الصِّيغَةُ، مِثْلَ: كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا فِي نَجْمٍ أَوْ نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا**)

(**ش**): يعني: أركان الكتابة أربعة: الصيغة، والعوض، والسيد، والعبد المكاتب. وتكلم عليها أولا فأول. وقوله: (مِثْلَ كَاتَبْتُكَ) يعني: وأنت مكاتب أو معتق على نجم أو نجمين: وظاهر كلامه اشتراط التنجيم.

عياض وغيره: وهو ظاهر "المدونة"؛ لقوله فيها: وإن كاتبته على ألف درهم ولم يضرب له أجلا نجمت عليه - وإن كره السيد - على قدر ما يرى من كتابة مثله وقدر قوته، ولا تكون له حالَّة. والكتابة عند الناس منجمة، وكذلك قال ابن القصار والأستاذ أبو بكر الطرطوشي: إن ظاهر قول مالك لا بُدَّ من تنجيمها. عياض: وكذلك ظاهر كلام أبي محمد في رسالته: إن التنجيم من شرطها. وحكى عبد الوهاب من متأخري شيوخنا أنها تكون حالة، وهو الذي ارْتَضَاه هو وغيره من أئمتنا.

وقد يحمل قوله: والكتابة عند الناس منجمة على أنه الغالب والعُرف، فكذلك حكم به في الهبة. انتهى. أشار في المقدمات إلى أن الصحيح في المذهب جوازها حالة.

وظاهر قول المصنف: (فِي نَجْمٍ أَوْ نَجْمَيْنِ) أنه لا فرق بين ما قل من النجوم أو كثر، وهكذا ذكر ابن شعبان. قال: ومن أصحابنا مَنْ يختار جعلها في نجم أو نجمين[3].

(ص): (**لَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ عَتَقَ فِي الْحَالِ وَالأَلْفُ فِي ذِمَّتِهِ**)

(**ش**): ذكر هذه هنا وإن لم تكن من الكتابة؛ لبيان لفظ الكتابة، إذ لو قال: كاتبتك بألف لنجمت. وقوله: (عَتَقَ) يريد إذا قبل العبد، وهذا الكلام راجع إلى قوله: أنت حر على أن عليك كذا. وعلى هذه الصورة حمل كلام المصنف، وقد ذكروا هنا صيغًا:

الأولى: أنت حر على أن عليك ألفًا، أو على أن تدفع إليَّ ألفًا، أو على أن تؤدي

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٠٠/٦، وحاشية الدسوقي: ٧٠/١٩.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٧٩/٢، والثمر الداني: ٥٥١/١.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ٢٥٢/١، والتلقين: ٢٠٨/٢.

إليَّ، أو إن أديت إليَّ، أو إن أعطيتني، أو جئتني، أو إذا أوتي[١].

واختلف في المسألة الأولى، وهي: أنت حر على أن عليك ألفًا على أربعة أقوال:

الأول لمالك: بإلزامه العتق وإلزام العبد المال، سواء قال: أنت حر الساعة، أو لم يقل، وهو الذي اقتصر عليه المصنف.

الثاني لابن القاسم: يخير العبد، فإن رضي كان حُرًّا، وإن كره كان رقيقًا.

الثالث لابن القاسم أيضًا على رأي بعضهم: أَنَّه يُخَيَّر بين القبول ولا يعتق إلا بأداء، أو رد ويبقى رقيقًا.

الرابع لأصبغ: لا خيار للعبد ولا عتق حتى يدفع المال. وأما المسألة الثانية، وهي قوله: أنت حر وعليك ألف.

ففيها ثلاثة أقوال:

الأول لمالك وأشهب: أَنَّه حُر إلا أن عليه ألفًا معجلة إن كان موسرًا، أو إلى اليسار إن كان معسرًا.

والثاني مشهور قول ابن القاسم وقول ابن وهب: هو حر ولا شيء عليه من المال.

والثالث لابن الماجشون وابن نافع: يخير العبد، فإن رضي كان حُرًّا وأتبع بالمال، وإن كره كان رقيقًا كقول ابن القاسم في التي قبلها[٢].

وأما المسألة الثالثة، وهي قوله: أنت حر على أن تدفع إليَّ، فحكى اللخمي الاتفاق على أن العبد بالخيار بين القبول، أو الرد فيكون رقيقًا، وأنه لم يعتق إلا بعد دفع المال، وحكى عياض وغيره ثلاثة أقوال: الأول من الثاني لابن القاسم في "العتبية" تخيير العبد في الرضا كالعتق معجلا ويلزمه المال، أو يرد فيبقى رقيقًا[٣].

الثالث تخريج صاحب " المقدمات": أَنَّ العبدَ يكون حُرًّا إذا دفع المال، وأن للسيد إجباره على أخذ المال، وأما المسألة الرابعة، وهي: أنت حر على أن تؤدي إليَّ. فالاتفاق على أن العبد لا يعتق إلا بالأداء. قوله: أن يرد ولا يقبل هكذا حكى غير واحد. قال في "المقدمات": وقد فَرَّق ابن القاسم بين قوله: أنت حر على أن عليك كذا، وبين على أنت دفع كذا، وللتفرقة بينهما وجه؛ وهو أنه إذا قال: على أن تدفع

(١) انظر: أشرف المسالك: ٢٩٥/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٦/١٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٩٧/١٢، وإرشاد السالك: ٢١١/١.

(٣) انظر: بلغة السالك: ١٤٥/٢، والكافي: ٩٦٦/١.

فوض الدفع إليه، وإذا قال: على أن عليك، فقد ألزمه ذلك ولم يكله إليه، وقد قيل: إن هذين الفظين سواء، بخلاف قوله: على أن تؤدي إليَّ كذا وكذا. والصواب: ألا فرق بين أن يقول: على أن تدفع أو تؤدي[1].

عياض: وقول ابن رشد هو الصحيح للعبد؛ لقوله تدفع وتؤدي. وأَمَّا المسألة الخامسة؛ وهي: إن أديت إليَّ أو أعطيتني أو متى وشبه ذلك؛ فلا يلزم العتق إلا برضا العبد ودفع المال، كقوله: على أن تؤدي وتدفع، ويدخله من تخريج الإجبار على الأداء ما تقدم، والله أعلم.

(ص): (وَيَجُوزُ عَلَى مَا جَازَ صَدَاقًا، وَتُكْرَهُ عَلَى آبِقٍ أَوْ شَارِدٍ أَوْ جَنِينٍ أَوْ دَيْنٍ عَلَى غَائِبٍ لا تُعْلَمُ حَيَاتُهُ، وَلا يُعْتَقُ حَتَّى يَقْبِضَ السَّيِّدُ مَا شَرَطَ...)

(ش): هذا هو الركن الثاني، وذكر أنه يجوز فيه ما جاز في الصداق من الوصف، كـ (عبد وشورة)، ثم ذكر أن هذا الباب أوسع من باب (الصداق)، فلهذا يجوز هنا الآبق والشارد والجنين، وما ذكره المصنف من الكراهة هو مذهب أشهب على ما نقله اللخمي، والذي نقله ابن يونس عن ابن القاسم جواز الكتابة بالغرر، ولهذا قال في "المدونة": ولو كاتبه على عبد فلان جاز، بخلاف النكاح[2].

سحنون ومحمد: فإن لم يصل إليه فعليه قيمته. قال ابن ميسر: لا يعتق إلا به، ولم يجزه أشهب، وقال: تفسخ الكتابة، إلا أن يشتريه قبل الفسخ، والتحقيق أن ابن القاسم لا يجوز الغرر مطلقًا، ففي "المدونة": وإن كاتبه على لؤلؤ غير موصوف لم يجز؛ لتفاوت الإحاطة بصفته. وفي "الموازية" عن غير ابن القاسم جواز ذلك وله الوسط، ثم إن ما ذكره المصنف من الجواز في الآبق والشارد مقيد بأن يكون ذلك في ملك العبد، وأَمَّا إن كان في غيره فلا يجوز اتِّفَاقًا، نقله في "المقدمات"، وقوله: **(وَلا يُعْتَقُ حَتَّى يَقْبِضَ السَّيِّدُ مَا شَرَطَ)** شرط ظاهر[3].

(ص): (وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ تَمَلُّكُهُ كَالْخَمْرِ رَجَعَ بِالْقِيمَةِ، وَلا تَفْسد لِفَسَادِ العِوَضِ)

(ش): يعني: إذا كاتبه على عِوَض لا يصح تملكه كـ (الخمر)، فإن الكتابة تمضي، وظاهره سواء فات ذلك بالأداء أم لا، وقد صرح ابن عبد السلام بذلك فقال: وعقد

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٥٠/٨، ومنح الجليل: ١٨٣/٢٠.

(٢) انظر: الذخيرة: ٤١٠/١٠، والاستذكار: ١٨/١.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٣٠٠/٦، وحاشية الدسوقي: ٧٠/١٩.

الكتابة هنا فوت، كَمَا لو اشترى العبد شراءً فاسدًا وكاتبه مشتريه؛ فإنه يحكم بقيمته، ولا يبعد تخريج قولٍ بالفسخ قبل الأداء.

في "العتبية" عن سحنون: في النصراني يُكَاتب نصرانيًا بمائة قسط من خمرٍ، فأسلم المكاتب بعد ما أَدَّى النصف، على المكاتب نصف قيمته عبدًا قنًا وعليه نصف كتابة مثله.

قال في "البيان": وليس على التخيير بل هما قولان. قال مرة: يكون عليه نصف كتابة مثله هو قول ابن الماجشون، ومرة قال: عليه قيمة رقبته، الأول أظهر.

وأجمل المصنف في قوله: (رَجَعَ بِالْقِيمَةِ) تبعًا لابن شاس، إذ يحتمل بقيمة الحر لو جاز بيعه، لكن النقل يدفع هذا؛ لأنه إذا لم يقل به في مسألة النصراني فَأَوْلَى إذا كان أولا مسلمًا، ويحتمل بقيمة العبد، هو أحد القولين في مسألة النصراني، والله أعلم.

(ص): (**وَلَو اشْتَرَطَ فِي الكِتَابَةِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ شَيْئًا مَضَتْ وَلَمْ يَلْزَمْهُ الشِّرَاءُ**)

(**ش**): يحتمل لو شرط السيد في الكتاب على المكاتب، ويحتمل لو شرط المكاتب على السيد أن يشتري منه، وعلى الثاني اقتصر ابن عبد السلام. وقوله: (مَضَتْ) أي: الكتابة وبطل الشراء، وينبغي ألا يبطل؛ لأنه تعلق به حق لمشترطه، ولو تمما الكتابة على ما شرطناه من شراء المكاتب أو بيع؛ مضت ولا كراهة.

وفي الجلاب: لا بأس أن يشترط على مكاتبه سفرًا أو خدمة مع كتابته، فإن أدى الكتابة معجلة؛ سقط عنه السفر والخدمة. وقد قيل: لا يسقط ذلك عنه، وهو لازم لا يعتق إلا بإذنه. وقد قيل: له أن يعطي قيمة ذلك مع كتابته ويتعجل عتقه، ولا ينتظر به ما اشترط عليه من السفر أو الخدمة[1].

المتيطي: والأول المشهور المعمول به. وقَيَّده في "النكت " بالخدمة اليسيرة؛ لأنَّها في عين البيع، وأَمَّا إن كان معظم الكتابة خدمة وأقلها مالا؛ فلا يستقيم أن توضع الخدمة عنه. رأى ابن يونس أَلا يأتي على ما احتجَّ به ابن المواز؛ لأنَّه جعله كمن أعتق بعض عبد، فَيَنْبَغِي أن يعجل العتق، ولو كانت الكتابة عشر قيمة الخدمة، والله أعلم.

(ص): (**وَالتَّأْجِيلُ فِيهِ حَقٌّ لِلْعَبْدِ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ أَجَلا نُجِّمَتْ بقَدْرِ سِعَايَتِهِ، وَقِيْلَ: تَجُوزُ حالا...**)

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٧٩/٢، والثمر الداني: ٥٥١/١.

(ش): يعني: إذا جعل في الكتابة أجل فذلك من حقِّ العبد، كديون النقد المؤجلة، أجل فيهما مِنْ حقِّ المدين، فلذلك لو عجل المكاتب ما عليه من عين أو عرض لزم السيد.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ أَجَلا... إلخ). وقد تقدَّم مَا في "المدونة"، وهو وإن كاتبه على ألف درهم ولم يضرب لها أجلا؛ نجمت عليه وإن كره السيد، على قدر ما يرى من كتابة مثله وقدر قوته. وفي بعض النسخ: نجمها الحاكم على السيد؛ ولأجل أن الغالب على الكتابة التأجيل؛ ولأن الأصل فيها ذلك. قال أهل المذهب: إذا أوصى السيد بالكتابة مجملة نجمت قدرًا وتأجيلا على حسب ما يَرَاه أهل المعرفة. قوله: (وَقِيْلَ: تَجُوز حَالا) فيه بعض اللبس؛ لأنه يوهم أن الكلام السابق مَبْنِي على أن الكتابة لا يجوز أن تكون حالة، وإنما قدم أن التأجيل حق للعبد، وإذا كان حقًّا له؛ صحَّ أن يسقطه فلا منافاة، ويحتمل أن يكون أشار هذا إلى ابتداء مثله. وأشار بقوله: (وقيل) إلى القول الآخر بعدم جوازها حالة، وقد تقدما[1].

(ص): (وَلا يُعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ إِلا بِالْجَمِيعِ)

(ش): لا خِلاف في هذا عندنا، وهو مذهب الجمهور، وروى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن جدِّه عنه عليه الصَّلاة والسَّلام أَنَّهُ قَال: "**الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ دِرْهَمٌ**".

(ص): (وَلَوْ وَجَدَ العِوَضَ مَعِيْبًا أَتْبَعَهُ بِمِثْلِهِ)

(ش): يعني: إذا قبض السيد الكتابة أو بعضها، فوجد ما قبض أو بعضه معيبًا؛ فله رده والرجوع بمثله؛ لأنَّ الكتابة إنما تكون بغير معين، والأعواض غير المعينة إذا اطلع فيها على عيب قضي بمثلها[2].

(ص): (وَلَو اسْتُحِقَّ وَلا مَالَ لَهُ، فَفِي رَدِّ عِتْقِهِ وَعَوْدِهِ مُكَاتَبًا قَوْلانِ)

(ش): ظاهره أن ضمير (وَلَو اسْتُحِقَّ) يعود على العوض في الكتابة، وَإِنَّما فرضها في "المدونة" وغيرها؛ ففيها، قال أشهب وابن نافع عن مالك: في مكاتب قاطع سيده فيما بقي عليه على عبد دفعه إليه، فاعترف أنه مسروق فأخذ منه، فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد.

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ٢٥٢/١، والتلقين: ٢٠٨/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢٩٥/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٦/١٠.

ابن نافع: وهذا إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال؛ رد مكاتبًا كما كان قبل القطاعة، وهذا رأيي والذي كنت أسمع. وقال أشهب: لا يرد عتقه؛ لأنَّ حريته قد تمت وجازت شهادته ووارث الأحرار، ولكن يتبع بذلك. لكن يجاب عن المصنف بأنه لا فرق بين الكتابة والقطاعة في هذا المعنى، وقيد في "البيان " هذا الخلاف بما إذا لم يكن العبد موصوفًا، قال: ولا خلاف إذا قطع سيده على عبد موصوف، فاستحق من يده أنه يرجع عليه بقيمته، ولا يرد في الكتابة، ومفهوم قول المصنف: ولا مال له، أنه لو كان له مال لم يرد عتقه، وكر ابن رشد فيه الخلاف، وحصل في المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: أنه يرجع في الكتابة؛ حتى يؤدي إلى سيده قيمة ذلك، مليًّا كان أو مُعدمًا، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في "المدونة" في الذي يؤدي كتابته إلى سيده من أموال غرمائه[1].

الثاني: أنه لا يرجع في الكتابة إلا أَنْ يكون معدمًا، وهو قول ابن نافع في "المدونة"[2].

والثالث: أنه لا يرجع في الكتابة مليًّا كان أو مُعدمًا، ويتبع بذلك إن كان مُعْدمًا في ذمته، وهو حر بالقطاعة، وهو قول أشهب في "المدونة".

(ص): **(بِمَا لا شُبْهَةَ لَهُ فِيهِ رُدَّ عِتْقُهُ)**

(ش): حكى في "البيان " على هذا الاتفاق، أَمَّا إذا قاطع سيده على شيء بعينه لا شبهة له فيه غر به موليه؛ كالثياب يستودعها وشبهها، فلا خلاف أن ذلك لا يجوز، ويرجع في الكتابة على ما كان عليه؛ حتى يؤدي قيمة ما قاطع به[3]. فقول المصنف: **(رُدَّ عِتْقُهُ)** يعني: ويرجع مكاتبًا.

(ص): **(وَكَذَلِكَ لَوْ أَعْطَى مَالَ الغُرَمَاءِ)**

(ش): أي: ومثل ما إذا غر بما لا شبهة له في رَدِّ عتقه ورجوعه مكاتبًا، ما إذا دفع مال الغرماء. قال في "المدونة": إن ودى كتابته وعليه دين، فأراد غرماؤه أن يأخذوا من السيد ما قبض منه، فإن علم أن ما دفع إليه من أموالهم؛ فلهم أخذه ويرجع رقًّا.

ابن يونس وغيره: يريد مكاتبًا. واختلف في معنى قوله: فإن علم أن ما دفع من

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٥، والكافي: ١/٩٦٦.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٧، وإرشاد السالك: ١/٢١١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٥٠، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٣.

أموالهم، أي: يريد من أموالهم بعينها، أو يريد أنه استغرق الدين ما بيده، ورجَّحه ابن يونس، فإنه إذا كان مستغرقًا بما دفع، وإن لم يكن أموالهم فهو متولد عنها، فلهم منعه من أن يعتق بها، كما لهم منع الحر من الصدقة والهبة إذا كان مسترقًا[1].

واحتج بقول مالك في "المدونة": إن المكاتب إذا كان مديانًا؛ فليس له أن يقاطع سيده، ويبقى لا شيء له؛ لأن غرماءه أخذوا ماله من سيده. وحمل قوله في "الرواية": فإن لم يعلم أن ما دفع من أموالهم، لم يرجعوا على السيد بشيء على ما أَبْدَاه بعمل يده أو أرش لجرحه؛ لأن عمل يده كأجرته وأرش جرحه كرقبته، فَلمَّا كان الحر لا يؤاجر ولا يباع في الدين؛ فكذلك هذا لا تسليط لهم على عمل يده وأرش جرحه. قيل: فإن أشكل ما دفعه المكاتب، هل هو من أعيان أموالهم وما توالد منها، أو من أجرته وخراج يده، أو ما وهب له ليعتق به؟

قال بعض علمائنا: يصح عتقه ولا يكون لهم نقضه، ولو اعترف بذلك السيد؛ لكان القياس أن ينفذ العتق ويرجع الغرماء على السيد بما قبض، لإقراره أنهم أَوْلَى به منه، إلا على قول سحنون، فإنه زعم أن كل ما كسب المكاتب من عمل يده قبل عجزه فإنه للغرماء؛ لأنه أحرزه عن سيده، إلا أَنْ يوهب له مال بشرط أن يؤديه إلى سيده، وإنما النظر لو قامت الغُرماء والسيد فيه وقد عجز، أو لم يعجز وأشرف على العجز، والقياس أن يحتاط للغرماء؛ لأن السيد قد عرضه للمداينات كالأحرار، ولا سيما على قول سحنون. قال غيره: وإن كان على المكاتب ما يفترق ما في يديه؛ فهو أموال غرمائه حتى يعلم أن الذي دفع من عمل يده[2].

ابن يونس: وهذا موافق لظاهر "المدونة".

(ص): **(وَيُنْدَبُ إِلى الإِيتَاء بِحَطِّ جُزْءٍ آخَرَ)**

(ش): حمل مالك وأبو حنيفة وغيرهما الأمر في قوله تعالى: ﴿وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣] على ندب سيد المكاتب أن يحط عن مكاتبه شيئًا آخر الكتابة، وكان مندوبًا؛ لأنه هبة وهي لا تجب، على أن ابن الجهم قال: أَمَّا الوضعية من آخر الكتابة فأكثر أصحابنا يأمرون بذلك من غير قضاء[3]. انتهى.

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٠/٤١٠، والاستذكار: ١/١٨.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٣٠٠، وحاشية الدسوقي: ١٩/٧٠.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٧٩، والثمر الداني: ١/٥٥١.

وقال الشافعي بوجوبه لظاهر الأمر، لكنه وافق على أنه غير محدود، وألزمه أبو عمر وغيره: الكتابة بالمجهول؛ لأنه يوجب إخراج المجهول من المعلوم، وحدده بسدسها وبعضهم بربعها، وقيل: المخاطب بأمر الناس، وقيل: الولاة، وقيل: السادات[1]. ولكن يعطون من غير الكتابة إلى غير ذلك من الأقاويل المذكورة للعلماء خارج المذهب.

(ص): **(أَوْ مَتَى عَجَّلَهُ قَبْلَ الْمَحْلِّ لَزِمَ، وَلَوْ كَانَ غَائِبًا قَبَضَهُ الْحَاكِمُ وَنفذهُ)**

(ش): قد تقدم أن الأجل في العوض في الكتابة من حقِّ المكاتب، فلذلك إذا عجله قبل أجله يلزم السيد قبوله، ولو كان عوضًا فإن كان السيد غائبًا قبضه، يريد إذا لم يكن له وكيل ونفذ الحاكم عتقه، وهذا لأن المكاتب يتضرر ببقائه في الرق، وإلا فالأصل أن القاضي لا يقتضي ديون الغائب؛ ولأن الكتابة ليست من الديون حقيقة، وأَمَّا النظر فيها من النظر في رقيق الغائب ومصالحه، فينظر القاضي اقتضاء الكتابة، ولم يطلب المكاتب ذلك؛ كي ينظر مخارجه عبيد الغائب، أو لتشوف الشرع إلى الحرية، فإن كانت الكتابة على كسوة أو ضحايا؛ فإنه يقوم ذلك بعض الشيوخ، ولو قال قائل أن عليه تعجيل تلك العين لما ثبت لها من الصفة بوصف أو إطلاق لما بعد[2].

فرع:

واختلف إذا كانت على خدمة خاصة ولا مال معها فأراد تعجيل قيمتها، فقال أشهب: له ذلك ولزم السيد أخذ القيمة ويعتق مكانه. وقال ابن القاسم: أنه ليس له تعجيل الخدمة، وكأنه رآه معتقًا إلى أجل. فاختار الأول بعض القرويين؛ لأنهم اجتمعوا على أنه كتابة، فيمضي على ما اجتمعا عليه، وهو اختيار ابن يونس وغيره. ابن يونس: وإذا كان له حكم المكاتب فينبغي أن يكون له تعجيل قيمة الخدمة. وقد قال ابن القاسم فيما يشبه هذا: إن له تعجيل قيمة الخدمة كقول أشهب، ولم يذكر فيه خلافًا.

(ص): **(وَيَجُوزُ أَنْ يُفْسَخَ مَا عَلَى الْمُكَاتَبِ مِنْ دَنَانِير فِي دَرَاهِمَ إِلى أَجَلٍ، وَأَنْ يُبْرِئَهُ عَلَى التَّعْجِيلِ بالبَعْض وَشِبْهِهِ؛ لأنَّهَا لَيْسَتْ كَالبَيْعِ وَلا كَالدَّيْنِ؛ وَلِذَلِكَ لا يُحَاصُّ السَّيِّدُ الغُرَمَاءَ بِهَا فِي مَوْتٍ وَلا فَلَسٍ...)**

(ش): مثل ما ذكره المصنف من فسخ الدنانير في الدراهم المؤخرة، وبالعكس

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٥٣، والتلقين: ٢/٢٠٩.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٦، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٧.

ضع وتعجل، وبيع الطعام قبل قبضه، والسلف يجر منفعة، وظاهر كلام المصنف: أنه لا فرق في جواز هذه الوجوه بين أن يتعجَّل العتق أو لا، وهو مذهب مالك وابن القاسم، ووجهه: ما ذكره المصنف أنه ليس كالديون الثابتة. ومنعه ابن عمر رضي الله عنهما، وإن تعجل العتق كسائر الديون الثابتة، ومنعه سحنون إلا أن يتعجَّل العتق، واحتجَّ سحنون بمنع ذلك في الربا بين العبد وسيده، واعترضه بعض القرويين بإجازة سحنون وغيره قطاعة أحد الشريكين بإذن شريكه أن يأخذ أقل من نصيبه قبل الأجل، وليس في ذلك تعجيل عتق[١].

وقوله: (لأنَّهَا لَيْسَتْ كَالبَيْعِ وَلا كالدَّيْنِ) تعليل للجواز. فإن قيل: البيع أعم من الدين، ونفي الأعم يستلزم نفي الأخص، فلا حاجة إلى نفي الدين. قيل: البيع ليس أعم مطلقًا؛ لأنَّ الدين قد يكون من قرض. قوله: (وَلِذَلِكَ لا يُحَاص) أي: ولأجل أنها ليست كالدين لا يحاص بالغرماء في الموت والفلس[٢].

(ص): **(وَإِذَا عَجَزَ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ رُقَّ وَيَتَلَوَّمُ الْحَاكِمُ لِمَنْ يَرْجُوهُ)**

(ش): يعني: وإذا عجز المكاتب عن شيء من العوض رجع إلى ما كان عليه قبل الكتابة، فلو كان مدبرًا ثم كاتبه وعجز رجع مدبرًا، وقد يقال: هذا تكرار مع قوله أولا: ولا يعتق منه شيء إلا بالجميع. ويجاب عنه بأن المتقدم فيما يخرج به المكاتب من الكتابة إلى الحرية لا؛ أي: لا يخرج من حال الكتابة إلى الحرية إلا بأداء الجميع، وكلامه هنا فيما ينتقل بسببه من حال الكتابة إلى الحال التي كان عليها قبل الكتابة.

قوله: (وَيَتَلَوَّمُ الْحَاكِمُ لِمَنْ يَرْجُوهُ) ظاهره أنه لا يعجزه إلا الحاكم، سواء اختلفا في التعجيز أو اتَّفَقَا فيه، وأمَّا إن اختلفا فطلبه السيد للتعجيز وامتنع العبد أو بالعكس فلا بُدَّ من الحاكم، وأما إن اتفقا عليه، فالمشهور وهو وقول مالك في "المدونة": إن كان له مال ظاهر لم يكن له ذلك، وإن لم يكن له مال ظاهر فذلك له، وروي عنه أن ذلك له وإن كان عنده مال ظاهر.

وقال سحنون: ليس له ذلك، وإن لم يكن له مال ظاهر إلا عند السلطان، وقال محمد: إن كان صانعًا ولا مال له كان له أن يعجز نفسه. ابن يونس: والأول أصوبها. المتيطي: وبه الحكم وعليه العمل. وإذا فرعنا عليه فلو أعجز نفسه لعدم ظهور المال،

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٦، والكافي: ١/٩٦٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٨، وإرشاد السالك: ١/٢١٢.

ثم ظهر له مال أخفاه أو طرأ له؛ ففي "المدونة": هو رقيق ولا يرجع عمَّا رضي به أولا. وإذا فرعنا على المنع من التعجيز، فلو رضي بذلك ولم ينظر فيه؛ حتى فاتت بالبيع أو بإعتاق المشتري، فقيل: البيع فوت. وقيل: ليس بفوت إلا أَنْ يفوت بعتق. وقد قيل: يرد ولو أعتق[1].

ابن القاسم: ففي "الدمياطية": وَإِنْ بَاعَ السيد رقيقه بِرِضَاه جاز.

وقال في "المدونة": يفسخ إلا أن يفوت بالعتق. وقال غيره: وإن دخله العتق.

ابن المواز: وإنما له تعجيز نفسه إذا كان وحده، وأَمَّا إذا كان معه ولد فلا تعجيز له، ويؤخذ بالسعي عليهم صانعًا، ولو تبين منه لرد رأيت عقوبته، وإن كان له مال ظاهر فيؤخذ ماله ويعطى لسيده شاء أو أَبَى.

أبو محمد: يريد بعد محله ويعتق هو وولده[2].

محمد: إذا كان صانعًا ولا مال له؛ فله أن يعجز نفسه.

اللخمي: وعلى أصل سحنون ليس له ذلك إلا عند السلطان.

قوله: (وَيَتَلَوَّمُ الْحَاكِمُ لِمَنْ يَرْجُوهُ) مفهومه أنه لا يتلوم لمن لا يرجوه. وفي "المدونة": لا يعجزه إلا السلطان بعد أن يجتهد له في التلوم بعد الأجل، فمن العبيد من يرجى حاله في التلوم، ومِنْهُم مَن لا يرجى له، فإن رأى له وجهًا إذا تركه وإلا عجزه.

أبو الحسن: ويحتمل من يرجى له، يفسخ له في الأجل، ومَنْ لا يُرْجى له، يضيق له في التأجيل، ويحتمل أن من لا يرجى له لا يتلوم له ألبتة، وهذان التأويلان هما اللذان في (كتاب النكاح) الثاني في المعسر بالنفقة، حيث قال: ويختلف التلوم فيمن يرجى له وفيمن لا يرجى له.

(ص): **(وَلَوْ غَابَ وَقْتَ الْمَحَلِّ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ فَسَخَ الْحَاكِمُ)**

(**ش**): أي: لو غاب المكاتب، و(الْمَحَلِّ) اسم المصدر؛ أي: وقت الحلول فسخ الحاكم، وليس للسيد فسخه، ولو فعل فهو على كتابته.

(ص): **(وَلَيْسَ لَهُ تَعْجِيزُ نَفْسِهِ وَلَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ عَلَى الأَصَحِّ، وَلا تَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ إِلا بِالْحَاكِمِ)**

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤٥١/٨، ومنح الجليل: ١٨٤/٢٠.

(٢) انظر: الذخيرة: ٤١١/١٠، والاستذكار: ٢٠/١.

(ش): قد تقدَّم أن هذا هو المشهور. وقوله: لا تنفسخ إلا بالحاكم، من تمام قوله: (وَلَيْسَ لَهُ تَعْجِيزُ نَفْسِهِ وَلَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ) ولا تنفسخ الكتابة، إذا كان له مال ظاهر إلا بالحاكم(١).

(ص): (وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ وَلَوْ خَلَّفَ وَفَاءً إلا أَنْ يَقُومَ بِهَا وَلَدٌ أَوْ غَيْرُهُ، دَخَلَ مَعَهُ بالشَّرْطِ أَوْ غيْرِهِ بِمُقْتَضَى العَقْدِ فَيُؤَدِّيهَا حَالَّةً...)

(ش): يعني: وتنفسخ الكتابة بسبب موت المكاتب، ولو خلف وفاء؛ لأنه مات قبل حُلول الحرية له، فلذلك يرثه سيده بالرقِّ، ثُمَّ اسْتَثْنَى من ذلك ما إذا كان معه ولد وغيره(٢).

وقوله: (دَخَلَ مَعَهُ بالشَّرْطِ) عائد على الولد، و(غَيْرِهِ) - بخفض الراء - عطفها على الشرط، وهو خاص بالولد؛ أي: لا فَرق بين أَنْ يدخل الولد معه بالشرط أو بغير الشرط بل بمقتضى العقد؛ لكونه حدث بعد عقدها، وأما لو كانت أمة حاملا يوم الكتابة، فلا يدخل إلا بالشرط، قاله في "المدونة".

ابن القاسم في "العتبية": وأما إن كانت أمته وبها حمل علم به أو لا، فإنه يدخل معا. وقوله: (بِمُقْتَضَى العَقْدِ) بدل من غير، وما قدمنا هو كذلك في نسخ عديدة، ووقع في بعض النسخ: (إلا أن يقوم بها ولو دخل معه بإسقاط أو غيره) وليست بجيدة؛ لأن غير الولد كالولد فلا يكون لتخصيص الولد معنى. فإن قيل: يُقَرَّا على هذا أو غيره، نعم رأى غير ليدخل غير الولد. قيل، قوله: (بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ) ينافيه. وقال في "المدونة": وإذا هلك المكاتب ومعه في الكتابة أجنبي وترك مالا فيه وفاء بكتابته، فإن كتابته تحل بموته، ويتعجلها السيد من حاله ويعتق بذلك من معه في الكتابة، وليس لِمَنْ معه في الكتابة مِنْ ولد أو أجنبي أخذ المال، وأداؤه على النجم إذا كان فيه وفاء يعتقون به؛ لما فيه من الغرر(٣).

فإن قلت، قوله: (دَخَلَ مَعَهُ بالشَّرْطِ أَوْ غَيْرِهِ) يقتضي أن غير الولد يدخل بغير الشرط، وذلك لا يعلم. قيل: قد يدخل غير الولد بغير الشرط، وهو مَنْ يشتريه بعد الكتابة، إذا كان مِمَّن يعتق عليه. ففي "المدونة": ولا ينبغي للمكاتب أن يشتري ولده أو

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٠١/٦، وحاشية الدسوقي: ٧٢/١٩.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٨٠/٢، والثمر الداني: ٥٥٢/١.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ٢٥٣/١، والتلقين: ٢٠٩/٢.

أباه إلا بإذن سيده، فمن ابتاعه بإذن سيده ممن يعتق على الحر بالملك؛ دخل معه في الكتابة.

وقوله: (فَيُؤَدِّيهَا حَالَّةً) أي: الولد، ولا يقتضي هذا الكلام أن الولد يُخَيَّر في ذلك كَمَا قيل، بل المراد أَنَّ ذلك لازم للولد.

(ص): (**وَلا يَرِثُ البَاقِي إِلا قَرِيبٌ يَعْتِقُ عَلَيْهِ مِنَ الآبَاءِ وَالأَوْلادِ والإِخْوَةِ مِمَّنْ مَعَهُ فِي الكِتَابَةِ خَاصَّة، وَقِيْلَ: لا يَرِثُهُ إِلا وَلَدٌ مَعَهُ خَاصَّةً. وَقِيلَ: يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ الأَحْرَارُ مِمَّن مَعَهُ إِلا الزَّوْجَة، وَقِيْلَ: وَالزَّوْجَةُ مِمَّنْ مَعَهُ فِي الكِتَابَةِ خَاصَّةً...**)

(ش): فقوله: (مِنَ الآباءِ وَالأَوْلادِ وَالإِخْوَةِ) للبيان والإيضاح، ولو ترك لفهم، وهذا هو المشهور، وهو قول ابن القاسم في "المدونة"، وروايته عن مالك، والثلاثة الأقوال لمالك أيضًا، وعلى القول باستثناء الزوجة فالزوج مثلها، والرابع أقرب، ولا يظْهَرُ لتخصيص بعض الورثة بالإرث دون بعضٍ وجهٌ[1].

(ص): (**وَلا يَرِثُهُ مَنْ لَيْسَ مَعَهُ فِي الكِتَابَةِ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا**)

(ش): ولا أولادهم المكاتبون كتابة أخرى؛ لأن من شأن الوارثين أن يتساويا حال الموت، فلذلك لم يرث المكاتب ولده ولا غيرهم الأحرار، ولا المكاتبون كتابة أخرى، إذ لا يتحقق مساواتهم؛ لاحتمال أن يكون أصحاب إحدى الكتابتين أقوى على الأدنى من أصحاب كتابة أخرى، ولا إشكال في عدم إرث ولد الأرقاء.

(ص): (**فَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَقَوِيَ وَلَدُهُ عَلَى السَّعْيِ سَعوا**)

(ش): قوله: (فَإِنْ لَمْ يَتْرُك وَفَاءً) أعم من أن لا يترك شيئًا، لكنه لا يفيء بالكتابة، ففي "المدونة": يدفع لولده الذين معه في الكتابة، فإن كان لهم أمانة وقوة على السعاية؛ يؤدون نجومًا، وإن لم تكن لهم قوة على السعي، ولم يكن في المال ما يبلغهم السعي؛ فإن كان مع الولد أم ولد ولها قوة وأمانة دفع لها إن رجي لها قوة على سعي بقية الكتابة، وإن لم تكن في أم الولد قوة بيعت وضم ثمنها إلى التركة، فيؤدي إلى بلوغ السعي، فإن لم يكن شيء من ذلك رقوا كلهم[2].

وقال أشهب: إلى مَنْ معه في الكتابة وإن كان أجنبيًّا، وحيث آل الحال إلى بيع أم الولد هنا، فقال مالك: للولد بيع من فيه نجاتهم من أمهات الأولاد، أمهم كانت أو

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٢٩٦/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٧/١٠.

(٢) انظر: بلغة السالك: ١٤٦/٢، والكافي: ٩٦٧/١.

غيرها. وقال ابن القاسم: أرى ألا يبيع أمه، إذا كان في بيع سواها ما يُغْنِيه.

وقال سحنون: إذا كان له أمهات الأولاد يقرع بينهن. وقال سحنون أيضًا: يباع مِنْ كُلِّ واحدة بقدرها. قالوا: يريد غير أم الولد الموجود، إلا أن يكون لكلِّ واحدة ولد فيباع مِنْ كل واحدة بقدرها[1].

(ص): (**السَّيِّدُ شَرْطُهُ: التَّكْلِيفُ وَأَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ**)

(ش): هذا هو الركن الثالث. وقوله: (شَرْطُهُ التَّكْلِيفُ) يخرج الصبي والمجنون. وقوله: (وَأَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ) يخرج المحجور عليهم. ولو اسْتَغْنَى المصنف بأهلية التصرف لكان أحسن؛ إذ غير المكلف ليس أهلا للتصرف.

(ص): (**فَيُكَاتِبُ الوَلِيُّ رَقِيقَ الطِّفْلِ**)

(ش): (الوَلِيُّ) يَشْمل الأب ووصيه ومقدم القاضي. ولو قال: رقيق المحجور عليهم لكان أحسن؛ لأنَّ السَّفيه البالغ كالطفل، فله أَنْ يكاتب رقيقه بالمصلحة.

(ص): (**وَفِي مُكَاتَبِ الْكَافِرِ الْمُسْلِمَ قَوْلانِ**)

(ش): أي: وفي إمضائها بَعْدَ وُقُوعِها قولان، وَإلا فلو عثر على ذلك قبل الكتابة لبيع عليه، والقولان لمالك:

أحدهما: بُطلان الكتابة ويباع عليه[2].

والثاني: وهو مذهب "المدونة": أنه يصح ويباع عليه من مسلم.

(ص): (**وَتُبَاعُ كِتَابَةُ مَنْ أَسْلَمَ لِمُسْلِمٍ**)

(ش): يعني: أن القولين إنما هما: إذا كان العبد وقت إنشاء الكتابة مسلمًا، وأما إن كاتب الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد؛ فإنه لا تبطل كتابته اتفاقًا، بل تباع لمسلم إن بقي السيد على إلزام نفسه حكم الكتابة، ولو طلب الرجوع عنها، فظاهر "المدونة" منعه من ذلك، واستقرأ من "العتبية" تَمْكينه منها. واختلف أيضًا في النصراني يكاتب عبده النصراني ثم يريد السيد فسخ الكتابة، هل له ذلك ويكون كالعتق، أو لا كعقود المعاوضات؟

(ص): (**وَمُكَاتَبَةُ الْمَرِيضِ، وَقِيلَ: كَالْبَيْعِ، وَقِيلَ: يُخَيَّرُ الوَرَثَةُ فِي إِمْضَائِهَا، أَوْ عِتْقُ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ مِنْهُ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ مُحَابَاةٌ...**)

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٨، وإرشاد السالك: ١/٢١٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٥١، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٤.

(ش): معنى كونها كالبيع أنها إن لم تكن فيها مُحاباة مضت كالبيع، وإن كانت فيها محاباة؛ فالمحاباة في الثلث، وهذا قول ابن القاسم في "المدونة"؛ ففيها: وإن كاتب عبده في مرضه وقبض الكتابة ثم مات السيد؛ فإن لم يحابه جاز ذلك كبيعه، ومحاباته في البيع في ثلثه. وظاهر قوله: إن لم تكن فيها مُحَاباة إمضاء الكتابة وإن لم يحملها الثلث، وهو ظاهر. وقول اللخمي: وقيد ذلك في "الموازية" بأن يحمله الثلث. قوله: (وَقِيْلَ يُخَيَّرُ الوَرَثَةُ) هذا القول عَزَاهُ اللخمي لابن القاسم، قال: قال أيضًا أنه كالعتق، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث خير الورثة بين أَنْ يَمْضوا الكتابة أن يعتقوا منه ما حمله الثلث بتلا[1].

اللخمي: ووافق الغير على هذا القول، وقال: الكتابة بالمحاباة أو غير محاباة من ناحية العتق وليست من ناحية البيع، وهو موقوف بنجومه، فإن لم يحمله الثلث ولم يجز الورثة؛ أعتق منه ما حمل الثلث لِمَا في يده. وقوله: (إِنْ كَانَتْ مُحَابَاةٌ) أي: فيكون كذلك يخير الورثة. ابن شاس في تمام هذا القول: وإن لم يجاب سعى، فإن أدى وهو في المرض اعتبرنا خروج الأول من الثلث، فإن كانت قيمة الرقبة أقل اعتبر خروجها من الثلث، وإن كانت النجوم أول فليس لهم اعتبار سواها، وكذلك لو أوصى بإعتاقه أو وضع النجوم[2].

تنبيهان:

ذكر في "النكت " عن بعض شيوخه: أنه إذا كاتب عبده في المرض وحَابَى وقبض الكتابة؛ تجعل في الثلث قيمة الرقبة كلها، بخلاف مُحَاباة المريض في بيعه ها هنا، إِنَّمَا يجعل في الثلث في المحاباة خاصة؛ لأنَّ الكتابة في المرض عتاقه. قال: وإذا حاباه فكان الثلث يحمل رقبته؛ جاز ذلك ولم يقوم في النجوم المقبوضة، ولا يضاف إلى مال الميت، فإن كان الثلث لا يحملها؛ ردت النجوم المقبوضة إلى يد العبد، ثم أعتق محل الثلث من رقبته بماله؛ لأن الثلث إن كان حاملا أخذ المال الورثة، فلا يكثر مال الميت به، ولا يدخل فيه العبد إذا لم يحمل الثلث، ووجه رد المال إلى يد العبد فيعتق منه بماله محمل الثلث.

ابن يونس: إِنَّمَا يفترق الحكم عند ابن القاسم في المحاباة وعدمها، فإن لم يحاب

(١) انظر: الذخيرة: ٤١١/١٠، والاستذكار: ٢٠/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٠١/٦، وحاشية الدسوقي: ٧٢/١٩.

وحمله الثلث؛ عجل عتق العبد في حياة السيد، كما لو لم يحاب في بيعه، وإن حابى وحمله الثلث لم يكن بُدٌّ من وقفه حتى يموت؛ لأن المحاباة وصية، وإن لم يحمله الثلث في الوجهين خير الورثة بين إجازة ما فعل المريض أو يردوا إلى المكاتب ما قبض منه ويعتقوا محمل الثلث بتلا[١].

الثاني: اختلف أيضًا في (كتاب المديان)، هل هي من باب العتق، أو من باب البيع؟

ويتحصل في (كتاب المديان) والمريض ثلاثة أقوال؛ أن كتابتهما من ناحية العتق، وهو قول سحنون الثاني أن كتابة المديان من ناحية البيع وكتابة المريض من ناحية العتق، وهو قول أشهب. والثالث أن كتابة المريض من ناحية البيع وكتابة المديان من ناحية العتق، وهو قول ابن القاسم[٢].

(ص): (**وَلَوْ أَقَرَّ فِي الْمَرَضِ بِقَبْض مِنْ مُكَاتبه قُبِلَ إِنْ كَانَ غَيْرَ كَلالَةٍ، وَإِلا لَمْ يُقْبَلْ، وقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: إِلا أَنْ يَحْمِلَهُ الثُّلُثُ...**)

(ش): هكذا جلب في "المدونة" هذه المسألة إِثْر التي قبلها، ومعناها: أَنَّ المريض أَقرَّ بكتابة المكاتب في الصحة، ونصها في "المدونة": قال ابن القاسم: وإن كاتب في صحته وأَقرَّ في مرضه بقبض الكتابة جاز ذلك، ولم يتهم إن ترك ولدًا، وإن كان ورثته كلالة والثلث لا يحمله؛ لم يصدق إلا ببينة، وإن حمله الثلث صدق؛ لأنه لو أعتقه جاز عتقه. وقال غيره: إذا اتهم بالميل معه والمحاباة له؛ لم يجز إقراره، حمله الثلث أو لا، ولا يكون في الثلث إلا ما أُرِيد به الثلث، وقاله ابن القاسم أيضًا غير مَرَّة، ولَعَلَّ المصنف لم ينسب الأول لابن القاسم؛ لأنه لم يختص به، بل قاله هو وغيره كما صرَّح به في "المدونة"، وفي كلام المصنف نظر؛ لأن قوله: وقال ابن القاسم: إلا أن يحمله الثلث؛ يقتضي أن ابن القاسم يقول في هذا القول: لا يقبل إقراره إذا كان يورث كلالة، إلا أن يحمله الثلث، وهو في "المدونة" إنما اعتبر في هذا القول الميل بالْمُحَابَاة[٣].

وقَيَّد بعض شيوخ عبد الحق القول الثاني في كلام المصنف بما إذا كان الثلث فارغًا لم يوص فيه بشيء، فأَمَّا إن كان قد اشتغل بوصايا فهو أحب أن يستغرق وصاياه،

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٨٠/٢، والثمر الداني: ٥٥٢/١.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢٩٦/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٧/١٠.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ٢٥٣/١، والتلقين: ٢٠٩/٢.

ويخرج العبد الذي أقرَّ أنَّه قبض كتابته من رأس ماله، فهو كالقائل: أعتقت عبدي في صِحَّتِي فلا يعتق، والوصايا خارجة من ثلثه. ووافقه بعض القرويين، وقال: لا فرق بين أن يشغل الثلث بوصايا أو لم يشغله، لجواز إقراره إذا كانت الوصايا مِمَّا يبدى عليها عتق هذا العبد[١].

(ص): (**الْمُكَاتَبُ: وَلا يُكَاتَبُ جُزْءٌ إِلا أَنْ يَكُونَ البَاقِي حُرًّا**)

(**ش**): أي: العبد المكاتب، وهذا هو الركن الرابع، وله شرطان:

الأول: أن يكاتب العبد كله، فلا يكاتب جزء. قال: سواء كان الباقي له أو لغيره، وأَمَّا إن كان العبد حُرًّا صَحَّت الكتابة لحصول الحرية في الجميع، وعَلَّل في "المدونة" امتناع كتابة الجزء إذا كان الباقي لشريكه مؤدٍ إلى عتق النصيب من غير تقويم.

وابن الماجشون: فإن ذلك مُخَاطرة؛ لأن هذا يأخذه بخراج والآخر يأخذه بنجوم. قال في "المدونة": ويُفْسخ إن فعل ويرد ما أخذ، فيكون بينه وبين شريكه مع رقبة العبد، سواء قبض الكتابة كلها أو بعضها. قال غيره: إِنَّما يكون ذلك بينهما إذا اجتمعا على قسمه، ومَنْ دعا إلى ردِّه إلى العبد فذلك له؛ إذ لا ينتزع ماله حتى يجتمعا.

ابن رشد وغيره: وقول الغير خلاف، فنزل ابن القاسم هذا المثال منزلة الخراج، ونزله الغير منزلة مال كان بيد العبد بين الشريكين موقوفًا بيده، حتى يجتمعا على انتزاعه، ويحتمل أيضًا أن يكون وفاقًا، ويكون معنى قول ابن القاسم: فيكون بينه وبين شريكه إذا اجتمعا على قسمه. ونقل اللخمي عن " المبسوط": أنه إذا كاتب أحد الشريكين يحلف السيد ما كان يعلم أنه يعتق عليه إذًا، فإن حلف لم يقوم عليه، وإن نكل قوم بقيمته[٢].

اللخمي: وظاهر قوله أنه لا يرد عتق ذلك النصيب؛ لأنه لم يقل: إذا حلف يرد عتق النصيب الذي أدى، وإنما قال: يقوم عليه، وأما إذا كان العبد كله وكاتب بعضه، ففي "المدونة": لم يجز ذلك ولم يكن شيء منه مكاتبًا، وإن أدى لم يعتق منه شيء، وعلله ابن يونس بأنه يؤدي إلى عتق نصيبه من غير استتمام؛ إذ ليس كتابة بصريح العتق، فيمنع من ذلك؛ لئلا يكون خلاف السنة[٣].

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٦، والكافي: ١/٩٦٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٨، وإرشاد السالك: ١/٢١٢.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٥١، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٤.

اللخمي: وعلى ما في "المبسوط " يحلف السيد، فإن نكل عتق جميعه، إلا أن يكون عليه دين يغترق ما يكاتبه منه، فتمضي كتابته بنصفه ولا يرد والكتابة مختلف فيها هل هي من ناحية العتق أو البيع؟

فعلى أنها من ناحية العتق يمضي القدر الذي كاتب منه مع اليسر، وعلى القول أنها من ناحية البيع يمضي ذلك النصيب موسرًا كان أو معسرًا ولا يقوم عليه.

(ص): **(وَفِي مُكَاتَبَةِ الصَّغِيرِ وَالأَمَةِ اللَّذَيْنِ لا مَال لَهُمَا وَلا يَسْعَيَانِ قَوْلانِ)**

(ش): هذا هو الشرط الثاني، وهو أن يكون قويًّا على الأداء، فلذلك اختلف في الصغير الضعيف عن الأداء إذا لم يكن له مال، وفي الأمة كذلك، والقول بالجواز لابن القاسم، والقول بالمنع لأشهب، وهما منصوصان على أنه هو الذي اقتصر عليه مالك في "المدونة"، وعلى القول بأن كتابة الصغير ممنوعة؛ فروى الدمياطي عن أشهب: أن ابن عشر سنين لا تجوز كتابته، ووجه ذلك: أَنَّ العشر سنين حدٌّ بين كثير من أحكام الصغير والكبير، ولذلك كانت حَدًّا في الضرب على الصلاة؛ لقوته على العمل، والتفريق في المضاجع؛ لقوته على الانفراد وغير ذلك من المعاني، فَمَنْ زاد على العشر سنين زيادة بينة يحتمل أن يريد أشهب كفايته؛ لقوته على السعاية التي هي أكثر عملا من الصلاة وما جرى مَجْرَاها[1].

ابن عبد السلام: وانظر هل جواز كتابة الصغير مبني على القول بجبر السيد عبده على الكتابة؟ وجزم أبو الحسن بأن ذلك مبني على الجبر، والله أعلم[2].

(ص): **(وَلَوْ كَاتبَ الشَّرِيكَانِ مَعًا عَلَى مالٍ وَاحِدٍ جَازَ بِخِلافِ أَحَدِهِمَا، وَبِخِلاف مَالَيْنِ)**

(ش): (معًا) أي: في عقد واحد، واحترز من أن يكون في عقدين. وقوله: (عَلَى مالٍ واحدٍ) في العقد والأجل، واحترز مِمَّا لَوْ اختلف القدر أو الأجل، فإن الكتابة فاسدة، نص عليه اللخمي[3].

وقوله: (بِخِلاف أَحَدِهِمَا) أي: بخلاف مكاتبة أحد الشريكين فإنها لا تجوز، وقد تقدم ذلك، ونص في "المدونة" وغيرها على عدم الجواز، ولو أذن له الشريك، ونقل

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٠/٤١١، والاستذكار: ١/٢٠.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٣٠١، وحاشية الدسوقي: ١٩/٧٢.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٨٠، والثمر الداني: ١/٥٥٢.

أبو حامد الإسفرائني عن مالك الجواز بإذن الشريك، واختلف إذا نزل؛ فالمشهور: أنه يكون مُقْتَضَاه للسيد المكاتب منهما ولا يعتق من العبد شيء، حتى قال في عبد بين ثلاثة إخوة: كاتب اثنان بإذن الثالث، ثم قاطعه اللذان كاتباه بإذن أخيهما؛ فيعتق نصيبهما، ثم مات المتمسك وله ورثة فخدمهم في نصيب وليهم سنة، ثم قام العبد يطلب القيام على اللذين قاطَعَاه، قال مالك: العبد رقيق كله ويرد اللذان كاتباه ما أخذاه منه فيكون بينهما وبين ورثة الميت.

وقوله: (بِخِلَاف مَالَيْن) أي: فإنهما أيضًا لا يجوز؛ والعِلَّة فِي الوَجْهين: أن يؤدي إلى عِتْقِ البعض دون تقويم.

ابن يونس: وقيل إن كاتباه هذا بمائة إلى سنتين، وهذا بمائتين إلى سنة، فإن حَطَّ صاحب المائتين مائة وأخره بالباقية جازت، فإنْ أَبَى قيل للمكاتب: إمَّا أن يزيد صاحب المائة مائة ويجعلها إلى سنة ليتفق الأجل، فإن فعل جاز أيضًا وإلا فسخت الكتابة. ابن اللباد: لم يَروه، يحيى: هو لابن الماجشون.

(ص): (**فَإِنْ عَقَدا مُفْتَرَقَيْنِ بِمَالٍ وَاحدٍ؛ فَابْنُ القَاسِمِ يَفْسَخُهَا، وَغَيْرُهُ يُسْقِطُ الشَّرْطَ**)

(ش): القولان في "المدونة"، ونصَّ ابن القاسم فيها على الفسخ، وَإِنْ لم يَعْلم كل واحد منهما بفعل الآخر، وأطلق غيره الجواز[1].

(ص): (**وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: مَنْ شَرَطَ وَطْءَ مُكَاتَبَتِهِ، أَوْ اسْتَثْنَى حَمْلَهَا سَقَطَ الشَّرْطُ**)

(ش): قوله: (أَوْ اسْتَثْنَى حَمْلَهَا) يريد بأن قال: ما تلديه فهو رقيق لي، فالشرط باطل والكتابة ماضية على سنتها، مِن أنَّه ليس له أن يطأها وما ولدته داخل، وهذا مذهب "المدونة"[2].

قال في "البيان": وفرق بين الشرط الحرام كشرط الوطء فيبطل الشرط وتصح الكتابة، وبين غيره فتبطل الكتابة. وقال أشهب: الكتابة باطلة فيهما للشرط وتفسخ ولو لم يبق منها إلا درهم واحد، إلا أن يسقط السيد شرطه أو يفوته بأداء الجميع، ورواه عن مالك. وقيل: يفسخ ما لم ترد صدرًا من كتابتها. وقال محمد: تفسخ ما لم تؤدِّ نجمًا، إلا أنْ يسقط السيد شرطه أو يتراضيا على شيءٍ. وقال عبد الملك: تبطل الكتابة، ولعلَّ المصنف أَتَى بهذه المسألة تَرْجِيْحًا لقول غير ابن القاسم في المسألة السابقة،

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٥٣، والتلقين: ٢/٢٠٩.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٦، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٧.

أشار اللخمي إلى هذا المعنى.

والفرق لابن القاسم: أَنَّ الفساد في الأولى راجع إلى نفس العقدة؛ لأنه مؤدٍ إلى عتق أحد الشريكين من غير تقويم، والفساد في هذه خارج عن عقد الكتابة؛ لأن الأمة باقية على كتابتها، وحالها في الأداء واحد بهذا الشرط، ودونه بعض فُقَهَائِنَا، وإن شرط على مكاتبه أنك إن شربت خمرًا أو نحوه فأنت مردود في الرقِّ ففعل العبد ذلك؛ ليس لسيده رده في الرقِّ للشرط، كالمعتقة إلى أجل يشترط عليها إن أَبِقْت فلا حرية لكِ؛ هذا لمشترطه. والفرق بينهما: أن ما يفعله العبد من الإباق ضرر على سيده؛ لأنه يخل بمنافعه، وما أحدث العبد من شرب الخمر لا يخل بنجومه، فإذا لم يعجز عنها لم يقدح شرب الخمر فيها[1].

(ص): (وَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا قَبْضُ نَصِيبِهِ دُونَ الآخَرِ)

(ش): أي: إذا كاتب الشريكان عبدًا في عقد على مال، فليس لأحدهما أن ينفرد بقبض نصيبه دون نصيبه؛ لأن كلَّ ما في يد العبد مشترك بينهما، وظاهر قوله ولو شرطه أن العقد يصح والشرط يبطل، وهو مذهب ابن القاسم في "الموازية". قال أشهب: يفسخ إلا أَنْ يَرْضى مشترط التبدئة، ويجري فيه الخلاف السابق[2].

(ص): (نَعَمْ لَوْ رَضِيَ بِتَقْدِيمِهِ جَازَ، ثُمَّ إِنْ عَجَزَ العَبْدُ رَجَعَ بِحِصَّتِهِ)

(ش): هو جواب لسؤالٍ مُقدَّر؛ كأنه قيل له لما ذكر أنه ليس لأحد القبض دون الآخر، فهل يحوز أن يرضى أحدهما بالتبدئة؟ فقال: نعم، وهذه مسألة "المدونة"، وهي إذا حل نجم، فقال أحدهما للآخر: بدِّئْنِي به وخُذْ أَنت النجم المستقبل ففعل، ثم عجز العبد عند النجم الثاني[3].

ابن القاسم: فليرد المقتضي نصف ما قبل على شريكه؛ لأنَّ ذلك سلف، ويبقى العبد بينهما، ولا خيار للمقتضي بخلاف المقاطعة، قالوا: هذا كقول مالك في الدين يكون لهما منجم على رجل، فيبدأ أحدهما صِحَابه بنجم على أن يأخذ النجم الثاني، ثم فلس الغريم في النجم الثاني، أنه يرجع على صاحبه؛ لأنه تسلف منه له. قال في "المدونة": إلا أن يعجز المكاتب أو يموت قبل محل النجم، فليس له أخذ حتى يحل

---

(١) انظر: بلغة السالك: ١٤٦/٢، والكافي: ٩٦٧/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٩٨/١٢، وإرشاد السالك: ٢١٢/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٤٥١/٨، ومنح الجليل: ١٨٤/٢٠.

النجم الثاني.

ابن المواز: ولو حَلَّ النَّجم الثاني قبل عجزه فتعذر على المكاتب وانتظر بما يرجى حاله؛ كان على الشريك أن يعجل لشريكه سلفه، ثم يتبعان المكاتب جميعًا بالنجم الثاني.

وقال ابن القاسم في "العتبية": إذا قدَّمه بنجم ثم حل بعده، فقال له: تقاضى أنت وأنا أقضي ما أسلفتك، فليس لك عليه ولا له قبله شيء، إلا أن يعجز المكاتب.

ابن يونس: وكذلك لو حل المكاتب قبل أن يستوفي، ولو قال الشريك: آثرني به وانظر أنت المكاتب، فرضي على هذا الشرط، أو كان إنما سأله المكاتب أن يدفع ذلك لشريكه، وينظر هو بحقه، لكان ذلك منه إنظارًا للمكاتب في الوجهين، ولا يرجع به على الشريك إن مات المكاتب، ولا شيء له وإن عجز ويكون العبد بينهما[1].

(ص): **(وَكَذَلِكَ لَوْ قَاطَعَهُ بِإِذْنِهِ مِنْ عِشْرِينَ عَلَى عَشْرَةٍ)**

(ش): (مِنْ) فِي قوله: (مِنْ عشرين) للبدل؛ أي: لو قاطعه بإذنه على عشرة بدل عشرين، والتشبيه والإشارة راجعان إلى الرضا بتقديمه؛ أي: إذا قاطع أحد الشريكين المكاتب على نصيب من الكتابة، كَمَا لو كان نصيبه عشرين فقاطعه منها على عشرة بإذن شريكه جاز، وأَمَّا إذا لم يأذن شريكه في المقاطعة فإنها لا تجوز، صرَّح بذلك في "المدونة"، فإن قلت: هل يجوز أن يريد المصنف بالتشبيه الحكم في العجز؟

قيل: لا؛ لأن حكم العجز فيهما مختلف، وَقَدْ بيَّن ذلك بقوله:

(ص): **(فَلَوْ عَجَزَ خُيِّرَ الْمُقَاطِعُ بَيْنَ رَدِّ مَا فَضَلَ بِهِ شَرِيكَهُ وَبَيْنَ إِسْلامِ حِصَّتِهِ رِقًّا، وَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الآخَرِ وَلَوْ كَانَ قَبَضَ تِسْعَةَ عَشَرَ...)**

(ش): يعني: فإن عجز العبد المكاتب بعد أخذ المقاطع العشرة كما ذكرنا، ولَمْ يكن المتمسك قبض شيئًا، أَوْ قَبَض دون العشرة؛ خُيِّر المقاطع بين ردِّ ما فضل به شريكه، ويكون العبد بينهما على ما كان قبل الكتابة، وبين أن يسلم حصَّته للمتمسك، فيكون العبد له[2].

قوله: (ما فضل) أي: نصف ما فضل به شريكه إن كان العبد بينهما نصفين؛ لأن العشرة إذا قبضها المقاطع ولم يقبض المشترك شيئًا؛ فقد فضله بعشرة، فإذا رد عليه

(١) انظر: الذخيرة: ٤١١/١٠، والاستذكار: ٢٠/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٠١/٦، وحاشية الدسوقي: ٧٢/١٩.

خمسة قد استويا، ويمكن بقاء كلام المصنف على ظاهره بأن العشرة التي قبضها المقاطع منها خمسة له، والخمسة الباقية هي التي فضل بها شريكه.

وقوله: (وَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الآخَرِ) الذي لم يقاطع، وهكذا قال ابن المواز.

وقوله: (وَلَوْ كَانَ قَبَضَ تِسْعَةَ عَشَرَ) مبالغة؛ أي: ولو كان الذي لم يقاطع قبض تسعة عشر، فإن المقاطع لا يرجع عليه بشيء.

ابن المواز: ولو كان إنما قاطعه من العشرين على عرض أو حيوان نظر إلى قيمة ذلك نقدًا يوم قبضه، ثم رد فضلا إن كان عنده وأخذ حصته من العبد إن شاء، وإن كان قاطعه على شيء له مِثْلٌ من مكيل أو موزونٍ رَدَّ مثله ورَدَّ الآخر كل ما قبض، وكان بينهما نصفين مع رقبة العبد، إلا أن يشاء أن يتماسك بما قاطعه به وسلم حصته من العبد لشريكه فذلك له[1].

اللخمي: وقوله في العرض رد نصف قيمته، يريد إذا فات، ولو كان قديمًا كالطعام.

فرع:

وَلَوْ لَمْ يقبض المقاطع شيئًا مِمَّا قاطعه عليه وقبض المتمسك شيئًا ثم عجز، فقال بعض القرويين: إن كان الذي لم يقاطع إنما قبض عند حلول كل نجم؛ فلا رجوع للمقاطع عليه بشيء؛ لأنه رضي بتأخير المكاتب ورضي صاحبه بما أخذ، وإن كان المكاتب عجل له قبل أجله؛ فله فيه متكلم بعض أصحابنا، فيكون للمقاطع أن يأخذ من صاحبه نصف المقتضى[2].

ابن يونس: والذي رأى أن اقتضاء المتمسك نجمًا بما حل له عليه، فقام عليه المقاطع، فليتحاص فيه المقاطع بقدر ما قطعه عليه المتمسك بقدر النجم الحالِّ؛ لأن ذلك قد حل لهما جميعًا عليه، وأَمَّا إن عجل المتمسك قبل أجله؛ فللمقاطع القيام عليه، فيأخذ منه قدر ما قاطعه عليه، فإن فضل شيء كان للمتمسك؛ لأن حقَّ المقاطع حلَّ، وحق الآخر لم يحل، فتعجيله قبل أجله هبة منه، فللمقاطع رد هبته وأخذ ما في حقه، ولو قبض المقاطع نصف العشرة ثم عجز العبد؛ فالمشهور: أَنَّه يُخَيَّر بين أن يرد نصف ما قبض، ويكون العبد بينهما نصفين، أو لا يرد وله من العبد ربعه وثلاثة أرباعه

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٨٠، والثمر الداني: ١/٥٥٢.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٥٣، والتلقين: ٢/٢٠٩.

لمن لم يقاطع. وقال الداودي: يكون الربع بينهما أثلاثًا مفضوضًا على ما بقي لكلِّ واحد منهما فيه. اللخمي: وهو أقيس. وفروع هذا الفصل كثيرة وتركناها تبعًا للمصنف[1].

(ص): **(وَلَوْ مَاتَ الْمُكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ أَخَذَ الآذِنُ مَا بَقِيَ لَهُ بِغَيْرِ حَطِيطَةٍ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ)**

(ش): أي: إذا قاطع أحد الشريكين من عِشْرِينَ عَلَى عَشْرَةٍ بإذن شريكه وقبض منه العشرة، ثم مات المكاتب ولم يأخذ منه المكاتب شيئًا، أو أخذ منه وبقي له شيء وترك المكاتب مالا، فإن الآخر وهو الذي لم يقاطع يأخذ من مال المكاتب جميع الكتابة، أَوْ ما بَقِي منها بغير حطيطة، وسواء حلت الكتابة أم لا؛ لأنها تحل بالموت، ثم يكون ما بقي بين الذي قاطعه وبين شريكه على قدر حصصهما في المكاتب، ولو مات المكاتب وليس له مال - والتقدير: أن المقاطع قبض قطاعته ولم يستوف الآخر - فإنه لا يرجع على المقاطع شيء، وإن لم يقبض المقاطِعُ ولا المكاتِبُ شيئًا، وكان المتروك لا يفي بما لهما من المكاتَبِ؛ تحاصا في المتروك، المقاطع بما قاطع والمتمسك بجميع نصيبه. ورأى اللخمي أن القياس أن يحاص المقاطع بأقل حقه؛ لأنه لَمْ يرض بالإسقاط إلا على أن يبدأ، فإذا لم يتم له مراده بَقِيَ على أصل حقه.

(ص): **(وَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ حُمِلَ عَلَى أَنَّه وَضَعَ الْمَالَ عَنْهُ، إِلا أَنْ يُفْهَمَ قَصْدُ الْعِتْقِ)**

(ش): إذا كان مكاتب بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه حمل على أنه وضع عنه المال، وأنه أسقط عنه حق نصف كل نجم، إلا أن يصرح أنه قصد العتق، أو يفهم ذلك عنه فيكون إعتاقًا ويقوم عليه[2].

اللخمي: إن عجز؛ يعني: أنَّا إذا قومناه، إلا أَنْ يكون فيه نقل الولاء. قال: لو كان له كله وأراد العتق؛ لنجز عليه عتقه، وهذا قول مالك وابن القاسم. وقال المغيرة: إن وضع أحد الشريكين نصيبه من الكتابة كعتقه ويقوَّم عليه، وهو أظهر؛ لأن حقيقة العتق غير وضع المال، ورأى في الأول أن الإعتاق الإخراج من الملك والمملوك، إلا أن المكاتب إنَّما هو المال لا الرقبة.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٦، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٧٧.

(٢) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٦، والكافي: ١/٩٦٧.

ابن يونس عن بعض شيوخه: ولو أعتق عضوًا من مكاتبه؛ كقوله: يدك حرة، لعتق جميعه عليه؛ لأنه قاصد للعتق بها لا لوضع المال، بخلاف إذا أعتق منه جزءًا كالنصف والثلث، ولعل المصنف احترز بهذا بقوله: (نَصِيبَهُ) ثُمَّ إن ما ذكره المصنف مُقيَّد بِمَا إذا كان في الصحة، فقد قال في "المدونة": لو أعتق قِسْطًا من مكاتب له عند الموت، أَوْ أَوْصَى بِذَلِكَ، أو وضع له من كتابته؛ فذلك عتاقه؛ لأنه ينفذ من ثلثه على كلِّ حال؛ أي: يريد أنه لو جعل ذلك وضع مال ثُمَّ عجز فَرق للورثة؛ ثم صاروا لم ينفذوا وصية الميت، والميت أراد إبتالها وألا يعود إليهم شيء منها، وأَمَّا الصحيح فإنما أراد التخفيف على المكاتب وأنه إن عجز كان رِقًّا[١].

فرع:

ابن سحنون: ومن قال لعبده اخدم فلانًا سنة وأنت حُرٌّ، فوضع عنه المخدم نصف الخدمة، فإن أراد أنه يترك له خدمته ستة أشهر؛ فهو كذلك، وإن أراد أنها ملك لك تشاركني في الخدمة ويصير لك ملكًا، كان حُرًّا مكانه كله، كمن وهب لعبده نصف خدمته. قلت لسحنون: فَلِمَ قلت في هذا المخدم إذا وهب نصف خدمته أنه يعتق عليه، وإن أعتق نصف مكاتب لم يعتق عليه وكان وضع مال؟ قال: هو مفترق ولا أقول فيه شيئًا[٢].

ابن سحنون: الخدمة مقام الرقبة.

ابن يونس: فهبة بعضها كهبة بعض الرقبة؛ لأن من عجل عتق عبده على خدمة سنة تعجل عتقه ولا خدمة عليه؛ لأن ذلك بقية رقبته، فهو كمن أعتق بعض عبده، والمكاتب إنما يملك منه مالا فعتقه نصفه وضع لنصفها عليه، إلا أَنْ يقصد عتق الرقبة كما ذكرنا.

(ص): **(فَلَوْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتَ فُلانًا فَنِصْفُكَ حُرٌّ، فَكَاتَبَهُ ثُمَّ كَلَّمَ فُلانًا وُضِعَ النِّصْفُ، فَلَوْ عَجَزَ رُقَّ كُلُّهُ...)**

(ش): هكذا في "المدونة"، وشبَّهه أشهب بمن أعتق نصف مكاتبه، ولو حنث أحد الشريكين بعد أن كاتبهما وضعت عنه حصته، قال: ولو كان عتقًا لقوم عليه. اللخمي: وأَجْرَاه على مثل المسألة الأولى، لما كانت يمينه على بر، فقال: إن كلمتك، ولو كان

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٨، وإرشاد السالك: ١/٢١٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٥١، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٤.

على حنث، فقال: لأفعلن؛ لكان عتقًا. وعلى قول المغيرة في المسألة السابقة يكون بها عتقًا، وهو الظاهر هنا، وما في "الموازية" مشكل، وكذلك قول أشهب، فإن اللزوم في الحنث في اليمين إِنَّمَا هو ما ألزمه الحالف حين الحلف، والفرض أن اليمين سبقت الكتابة، فإذن الحالف لم يقصد المال وإنما قصد العتق، فينبغي أن يلزمه ذلك، وقد تقدَّم في المسألة السابقة أنه يلزمه العتق مَتَّى صرَّح به وفهم أنه أراده[1].

(ص): (**وَإِذَا كُوتِبَتْ جَمَاعَةٌ لِوَاحِدٍ وُزِّعَتْ عَلَى قُدْرَتِهِمْ عَلَى الأَدَاءِ وَكَانُوا كُفَلاء وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ بخلافِ حَمَالَةِ الدِّيُونِ، ولا يُعْتَقُ أَحَدٌ إلا بِالجَمِيعِ، وَيُؤْخَذُ الْمَلِيءُ بِالْجَمِيعِ، ولا يُوضَع شَيْءٍ لِمَوْتِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَيَرْجِعُ مَنْ أَدَّى عَلَى غَيْرِهِ عَلَى حُكْمِ ذَلِكَ التَّوْزِيعِ مَا لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِمْ...**)

(ش): (لواحدٍ) أي: لمالك واحد، واحترز مِمَّا لَوْ تعدد المالك؛ فإنه لا يجوز عقد الكتابة حينئذٍ كما سيأتي. (وُزِّعت) أي: الكتابة على قدرة قوة المكاتبين على الأداء يوم عقدها، هذا مذهب "المدونة" ونحوه في "الموازية". قال: يقضى عليهم على قدر عنائهم كذا يوم عقدت، فقد يكون مَنْ لا يملك اليوم شيئًا أرجى بعد اليوم مِمَّنْ عِنْده اليوم، فليجعل على كلِّ واحد مِنْهُم بقدر ما يكون يطيق[2].

ابن القاسم: على قدر قوته وخدمته واجتهاده يوم عقدت الكتابة.

اللخمي: وفي "الموازية" قول آخر؛ أنها تقسم على العدد، وذكره ابن يونس وغيره عن عبد الملك، ونقل اللخمي عنه غير هذا، وهو أنها تقسم على قدر القوة وقيمة الرقاب، واختار هو أن تقسم على قدر القوة، وقيم الرقاب على حسب ما يرى أنه يكاتب به كل واحد منهم بانفراده، فقد يتساوون في القوة على الأداء وثمن أحدهم عشرة دنانير والآخر مائة، فمعلوم أن السيد لو كاتبهم على الانفراد لم يسوِّ بينهم؛ لأن الغالب من السيد أنه يطلب الفضل، وحكي عن أشهب أنه تقسم بينهم على قدر قيمة رقابهم يوم الكتابة.

ابن عبد السلام: وهكذا كان ينبغي أن يكون حكم الصغير الموجود يوم الكتابة وهو قادر على السعي، وإن كان اللخمي اعتبر ذلك مع النظر إلى تجرد حاله، ولم يحك فيه خلاف، كما أنه لم يختلف في الصغير الذي لا يقدر على الكسب حتى أدى

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤١١/١٠، والاستذكار: ٢٠/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٠١/٦، وحاشية الدسوقي: ٧٢/١٩.

الكتابة أنه لا شيء عليه، واختلف إذا قوي على السعي بعد مضي بعض النجوم، فقال أشهب: يكون بقدر ما يطيق يوم وقعت الكتابة؛ لأنه حينئذٍ وقعت عليه حمالة الكتابة.

قوله: (وَكَانُوا كُفَلاءَ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ) أي: كونهم كفلاء. مالك: وهي سنة الكتابة، وذكر في "الموطأ" أنه الأمر المجتمع عليه[١].

وقوله: (بِخِلافِ حَمَالَةِ الدِّيُونِ) فلا تلزم الكفالة فيها إلا بالشرط.

قوله: (وَلا يُعْتَقُ أَحَدٌ) أي: أحد منهم إلا بالجميع، وهو من ثمرة كونهم حملاء.

وقوله: (وَيُؤْخَذُ الْمَلِيءُ بالْجَمِيعِ) مفهومه: أنه لو كان أَمْلِيَاء لا يؤخذ منهم واحد بالجميع، وهو المشهور في حمالة الديون، وهو أيضًا منصوص عليه هنا، إلا أن في "الموازية": ليس للسيد أخذ أحد المكاتبين بجميع ما على جملتهم مع قوتهم على الأداء.

الباجي: فَإِنْ تعذر القبض من أحدهم فإن عجز، قال في "الموازية": أو تغيب فله الأخذ من غيره[٢].

قوله: (وَلا يُوضَعُ شَيْءٌ لِمَوْتِ واحِدٍ مِنْهُمْ) ذكر في "الموطأ" أنه مجمع عليه. اللخمي: والقياس أنه يحط عنه ما ينوبه؛ لأنَّ كل واحد منهم اشترى نفسه بِمَا ينوبه من تلك الكتابة، فَمَنْ مَات، مات في الرقِّ وسقطت الحمالة عنه.

قوله: (وَيَرْجِعُ مَنْ أَدَّى عَلَى غَيْرِهِ عَلَى حُكْمِ ذَلِكَ التَّوْزِيعِ) هو مذهب "المدونة"، ونسب فيها: وَإِن أدى أحدهم عن بقيتهم؛ رجع مَنْ أدى على بقيتهم بحصتهم من الكتابة بعد أن تقسم الكتابة عليهم بقدر قوة كل واحد منهم على الأداء يوم الكتابة لا على قيمة رقبته. وقول ابن عبد السلام: أن ما ذكره المصنف ما ذكره أحد، إلا أن اللخمي قال: إنه القياس، ليس بظاهر. وقال أشهب: يرجع عليهم على قدر قيمتهم يوم كوتبوا. وقال مطرف وابن الماجشون: على قدر قيمتهم يوم عتقوا لا يوم كوتبوا. وقال أصبغ: يرجع على قدر قيمتهم يوم كوتبوا أو حالهم يوم عتقوا، أن لو كانت حالهم يوم كوتبوا. وقيل: يرجع على قدر عددهم.

وقوله: (مَا لَمْ يَكُنْ مِمَّن يَعْتِقُ عَلَيْهِمْ) هذا شرط في الرجوع؛ يعني: إذا أدى أحد المكاتبين عن بعض، فإن المؤدي يرجع على من أدى عنه، إلا أن يكون مِمَّن يعتق عليه

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٨٠، والثمر الداني: ١/٥٥٢.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٥٤، والتلقين: ٢/٢١٠.

فلا يرجع حينئذٍ عليه، وها خلاف مذهب "المدونة"، فإن الزوجة لا يرجع عليها وهو يصح ملكه لها، وإنما الذي ذكره المصنف مذهب ابن القاسم وعبد الملك وابن عبد الحكم خارج "المدونة"، وروى ابن وهب عن مالك: أنه لا يتبع إخوانه وكل ذي رحم منه[١].

ابن المواز: ثُمَّ سُئل بعد ذلك، فقال: كل من كانت لهم رحم يتوارثون بها، فإنه لا يرجع بعضهم على بعض. ثم سئل أيضًا، فقال: أَمَّا الإخوة والولد؛ فإنه لا يرجع بعضهم على بعض، وأَمَّا الأباعد فنعم. وقال أشهب: لا يرجع كل ذي رحم منه وَإِنْ كان مِمَّن لا يعتق عليه بالملك ولا بينه وبينه ميراث، لا خالته ولا عمته ولا أحد بينهم رحم، وقد دار الفقه فيها الفروع بين أصلين؛ العتق على القريب، وهبة الثواب له، فيرد إلى أيِّ الأصلين هو أقوى به شبهًا.

(ص): (**وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مَنْ لَهُ قُوَّةٌ عَلَى الكَسْبِ؛ لَمْ يَتِمَّ إِلا بِإِجَازَةِ البَاقِينَ وَقُوَّتِهِمْ عَلَى السَّعْيِ، فَتُوضَعُ حِينَئِذٍ حِصَّتُهُ عَلَى البَاقِي...**)

(ش): احترز بقوله: (لَهُ قُوَّةٌ عَلَى الْكَسْبِ) مِمَّن أعتق صغيرًا لا أداء فيه، أو صغيرًا لا يبلغ السعي في الكتابة، فإن عتقه يتم ولا يتوقف على إجازة الباقين؛ إِذْ لا منفعة لهم فيهما، ورد عتقهما من الضرر[٢].

وقوله: (لَهُ قُوَّةٌ عَلَى الْكَسْبِ) ظاهره سواء كانت قوته مساوية للباقين أو أقوى أو أضعف، وهو مذهب ابن القاسم.

اللخمي: وقيل لا يجوز إذا كان المعتق أقواهما وكانا متساويين؛ لأنَّا لا ندري ما يصير إليه حال الباقين من الضعف، وحكى ابن الجلاب قولا: بأنه لا يجوز له عتق مَنْ له قوة على السعي، ولو أذن لهما لبقيت، وظاهره لو كان أضعف من الباقي في السعي.

ابن يونس: ويَنْبَغِي أن ينظر في أي ذلك أنفع لهم؛ مَنْ أجازه عتقه لضعفه عن السعي، أو رده لقوته فيه.

وقوله: (لَمْ يَتِمَّ إِلا بِإِجَازَةِ البَاقِيْنَ) وقوله: (عَلَى السَّعْيِ) يعني: أنه إنما يجوز عتق مَنْ له قوة على السعي بشرطين:

الأول: أن يجيزه الباقون؛ لأنَّ كل واحد منهم حَمِيل بِمَا على الآخر، فلو أجزنا

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٢٩٨/١، وحاشية الصاوي: ٣٧٩/١٠.

(٢) انظر: بلغة السالك: ١٤٨/٢، والكافي: ٩٦٩/١.

عتق السيد أحدهم بغير رضا الباقين كان فيه إسقاط حقهم في الحمالة[١].

والثاني: أن يكون في الباقين قوة على الكسب؛ لأن الباقين إذا لم يكونوا قويين على الكسب كان ذلك مؤديًا إلى إرقاقهم، فأجرى اللخمي قولا في المسألة آخر بإمضاء إجازتهم من أحد القولين، فإن رضي المكاتب بالتعجيز - وحيث أجزنا من له قوة على السعي - فإنه يسقط عنه قدر نصيبه من الكتابة.

(ص): **(وَأَمَّا عَبْدٌ لَكَ وَعَبْدٌ لِغَيْرِكَ فَلا يَجْتمعانِ)**

(ش): هذا هو الذي احترز منه بقوله لواحد، وعِلَّته أنه لو هلك أو عجز أحدهما؛ أخذ سيد الهالك مال الآخر باطلا[٢].

سحنون: فإن نزلت فالكتابة صحيحة؛ لأنَّ الحمالة لا تبطل الكتابة، ولم يتكلم في "المدونة" على حكم النزول، فيحتمل أن يكون قول سحنون خلافًا ووفاقًا. وأشار اللخمي إلى تخريج الْخِلاف فيها: هل يفسد أو يبطل الشرط فقط؟ وعلى البطلان هل يفوت بالاقتضاء، أو باقتضاء نجم أو صدر منها على ما تقدم في الشرط؟ وهذا كله إن دخلا على الحمالة، وإن كان السيدان عقدا الكتابة الحمالة، فقال الباجي: إنها جائزة، ويجعل على كلِّ واحد من العبدين ما ينوبه من جملة الكتابة، وأشار إلى أنه لا يختلف فيه، كما اختلف في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع.

فرع:

واختلف إذا كان العبدان شركة بين رجلين؛ فلم يجز أشهب جمعهما في كتابة واحدة، قال: لأنَّ كل عبد تحمل لغير سيده، إلا أَنْ يسقط حمالة بعضهم على بعض فيجوز. وقال ابن ميسر: ليس كَمَا احْتَجَّ؛ لأنَّ لكلِّ واحد نصف عبد، فإِنَّمَا يقبض كل واحد عن نصفه نصف الكتابة، فلم يقبض أحدهما عن غير ملكه شيئًا[٣].

(ص): **(وَلا يُبَاعُ مُكَاتَبٌ، وَلا يُنْزَعُ مَالُهُ)**

(ش): هذا مذهبنا، لا يجوز بيع المكاتب. قال في "المدونة": ولو رضي؛ لأن الولاء قد ثبت لعاقد الكتابة، والولاء لا يجوز نقله، ويتخرج على قول مَنْ قال مِنْ أصحابنا إن للمكاتب أن يعجز نفسه جواز البيع إذا رضي، قاله ابن القاسم في

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٢٩٩، وإرشاد السالك: ١/٢١٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٥٢، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٥.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٠/٤١٣، والاستذكار: ١/٢٢.

"الدمياطية"، فقال: إذا باع السيد رقبته برضاه جاز، فإن بيع على المشهور فسخ، إلا أن يفوت بإعتاق المشتري له؛ فيمضي العتق ويكون ولاؤه للمشتري على المشهور، وقيل: ينتقض العتق ولا ينتزع ماله؛ أي: سواء اكتسبه قبل الكتابة أو بعدها، ونصَّ في "المدونة" على أن ماله يتبعه، وإن كتب: إلا أن يشترطه سيده حين كتابته؛ فذلك المال للسيد، وهو أحسن إذا كان يرى أنه لو علم به السيد لا ينتزعه ويكاتبه، وإن كان يرى أنه يقره ويزيده في الكتابة؛ كان للسيد ألا يزيد ذلك القدر في الكتابة.

(ص): **(نَعَمْ تُبَاعُ الْكِتَابَةُ لا نَجْمٌ مِنْهَا، وَفِي بَيْعِ جُزْءٍ مِنْهَا قَوْلانِ)**

(ش): لما ذكر أنه لا يجوز بيع المكاتب ذكر أنه يجوز بيع الكتابة، ومنع من بيعها وبيعه عبد العزيز بن أبي سلمة.

اللخمي: وهو أقيس للغرر؛ لأنه إذا كان للمشتري الكتابة فقط، وإن عجز عند أول نجم كان له الرقبة فقط، وإن عجز عند آخر نجم كانت له الكتابة والرقبة.

اللخمي: وأصل سحنون في مثل هذا أنه يمنع البيع مع الاختيار، ويجوز عند الضرورة لفقر أو فلس، كما قال في بيع العبد بعد الإحرام، والأمة يعتق ولدها وهو رضيع، فيباع ويشترط على المشتري كونه معها ومؤنته[1].

ابن عبد السلام: ظاهر كلام سحنون أنه يجوز بيع الكتابة اختيارًا، ولا يجوز بيع نجم منها لأنه غرر؛ إن عجز بعد اقتضاء ذلك النجم أخذ ما ينوبه من الرقبة إلى غير ذلك، وهذا إذا كان النجم معينًا، وأما غير المعين كنجم من ثلاثة أو أربعة؛ فالمنصوص الجواز، هو يرجع إلى بيع جزء منها، وقد حكى المصنف في الجزء قولين، وكذلك اختلف في المكاتب بين الشريكين يبيع أحدهما حصته من الكتابة، وحصل ابن رشد في هذا الفرع والذي قبله ثلاثة أقوال:

الأول لابن القاسم: لا يجوز فيهما.

الثاني: مقابله لأصبغ وسحنون.

والثالث لمالك في "الموطأ": يجوز لأحد الشريكين بيع نصيبه منها، ولا يجوز إذا كان العبد لواحد بيع جزء منها، واختار جماعة الجواز فيهما؛ إذ لا فرق بين الكلِّ والجزء، وهو أيضًا منقول عن ابن القاسم وأشهب، وَإِنَّما يجوز لأحد الشريكين بيع

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/٣٠٣، وحاشية الدسوقي: ١٩/٧٥.

حصته منها على مذهب من أجازه، وإذا باعها من أجنبي دون المكاتب؛ لأن ذلك كقطاعه، ولا يجوز مقاطعته على نصيب دون إذن شريكه[١].

(ص): **(فَإِنْ وَفَّى فَالْوَلاءُ لِلأَوَّلِ، وَإِنْ عَجَزَ اسْتَرَقَّهُ مُشْتَرِيهَا)**

(ش): أي: إذا بيعت كتابة المكاتب، فإن أَدَّى عتق والولاء للبائع؛ لأنَّ الولاء قد انعقد له، وإن عجز، زاد في "الموطأ": أَوْ هلك قبل أن يؤدي الكتابة ملكه المشتري، وكذلك الحكم في بيع الجزء، اختلف فيْمَنْ وهب كتابة مكاتب لرجل فعجز المكاتب، هل تكون رقبته للواهب أو للموهوب، واختلف إذا اطلع مشتري الكتابة على عيب بالمكاتب، فقال أبو بكر ابن عبد الرحمن: ينظر، فإن أَدَّى كتابته فلا رجوع للمشتري بشيء؛ لأنه قد حصل له ما اشترى، وإن عجز فله رده ويرد معه جميع ما أخذ من كتابته، ولم يكن ذلك كالغلة؛ لأنه إنما اشترى الكتابة[٢].

وقال غيره: ليس عليه أنه يرد شيئًا مِمَّا قبض من الكتابة؛ لأن ذلك كالغلة، قال: وله رده وإن لم يعجز، فحجته أنه بالعجز يرق، ثم لا يرد معه ما قبض من كتابته؛ لأنَّ الأمر كان فيه مترقبًا ما يدري ما يحصل له الرقبة بالعجز أو الكتابة، فلما عجز فكأنه إنما اشترى الكتابة، فكان ما قبض غلة.

(ص): **(وَيُشْتَرَطُ فِي بَيْعِهَا مَا يُشْتَرَطُ فِي بَيْعِ الدَّيْنِ)**

(ش): يعني: يشترط في بيع الكتابة من أجنبي ما يشترط في بيع الدين، فتشترط السلامة من الربا وبيع الدَّين بالدين، ومن بيع الطعام قبل قبضه، فلو كاتبه بطعام إلى أجل؛ لم يجز أن يباع بعرض أو غيره، لبيع الطعام قبل قبضه ونحو ذلك، ولا يريد المصنف - والله أعلم - أنه مثل الدين من أجنبي في كلِّ الوجوه، حَتَّى يشترط حضور المكاتب وإقراره كَمَا يشترط في المديان، فإن الغرر من هذا الوجه ومن غير وجه مغتفر في بيع الكتابة[٣].

(ص): **(بِخِلافِ بَيْعِ السَّيِّدِ لَهَا مِنَ العَبْدِ)**

(ش): قد تقدَّم ذَلِكَ.

(ص): **(وَتَصَرُّفَاتُ الْمُكَاتَبِ كَالْحُرِّ إلا فِي التَّبَرُّعِ وَالْمُحَابَاةِ ويُرَدُّ عِتْقُهُ، وَلا**

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٨٢، والثمر الداني: ١/٥٥٤.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٥٥، والتلقين: ٢/٢١١.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٩، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٨٠.

يُعْتَقُ قَرِيبُهُ)

(ش): عطف (الْمُحَابَاةِ) على (التَّبَرُّعِ) لتباينهما في العُرفِ. فالتبرع: ما خرج من غير معاوضة. والْمُحَاباة: ما كان من زيادة في البيع أو الثمن، وأخر المحاباة؛ لأنه قد يتوهم من خروجه لتشوش الشرع له، وأيضًا: فإن الكلام الأول في المنع ابتداء، وهذا في الردِّ، وإذا رد العتق مع حرمته فَأَحْرى غيره، وإذا رد السيد عتقه فلا يلزم ذلك المكاتب إن أعتق، نص عليه في "المدونة"، واستحسن اللخمي أن يوقف فلا يمضي ولا يرد ولا يباع، فإن أدَّى المكاتب ما عليه مضى عتقه، وإن عجز رد عتقه، إلا أن يكون المكاتب قليل المال، ويرى أنه يضر به إيقافه فيرد، إلا أن قال: وعتقه بإذن سيده جائز، إذا كان كثير المال لا يخاف عليه أن يؤدي إلى عجزه، ويختلف فيه إذا خيف عليه؛ لأجل العجز قياسًا على قوله: إذا رَضِيَ بالعجز وَلَهُ مال ظاهر[1].

قوله: (وَلا يُعْتَقُ قَرِيبُهُ) ظاهر؛ لأنَّه مِنْ جملة التبرعات.

(ص): (وَيُكَاتَبُ بِالنَّظَرِ)

(ش): أي: على وجه ابتغاء الفضل، ففي "المدونة": وكتابة المكاتب عبده على ابتغاء الفضل جائزة، وَإِلا لم يجز، وكذلك قوله للعبد: إنْ جِئْتَنِي بكذا فأنت حُر، ويشترط في المال ألَا يكون مملوكًا للعبد حين عقد ذلك؛ إِذْ لا نظر في ذلك لهم، وجاز هذا للمكاتب؛ لأنَّه عقد معاوضة، والله أعلم.

(ص): (وَيَتَسَرَّى مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ)

(ش): لأنَّ ذلك لا يعيبه إذا عجز بخلاف النكاح، وَيَنْبَغِي أن يقيد هذا بالتسري الذي لا يؤدي لعجزه غالبًا، وإلا ففي السراري من العُلى من يقارب الأحرار في النفقة وغيرها وتزيد، لكن النكاح عندهم عيب عجزه، ويرجع إلى السيد معيبًا بخلاف التسري.

(ص): (وَلا يَتَزَوَّجُ إِلا بِإِذْنِهِ)

(ش): أي: لا يجوز له بغير إذنه؛ لأنَّ ذلك يعيبه إذا عجز. وقوله: (إِلا بإذنه) ظاهره أنه لا يفتقر إلى إذن غيره، وهو مقيد بما إذا لم يكن معه غيره.

أشهب: وإن كان معه في الكتابة غيره؛ فليس لسيده إجازة نكاح إلا بإجازة من

---

(١) انظر: بلغة السالك: ١٤٩/٢، والكافي: ٩٧٠/١.

معه، إلا أن يكونوا صغارًا فيفسخ على كلِّ حال، ويترك لها إن دخل ثلاثة دراهم، ولا يتبع إن عتق بما بقي[١].

(ص): (وَلا يُكفر إلا بالصِّيَامِ)

(ش): يعني: لا يكفر بعتق ولا إطعام، أَمَّا العتق فلعدم الولاية، وأَمَّا الإطعام فقد تقدَّم الْخِلاف فيه في باب (الظهار).

(ص): (وَلا يُسَافِرُ سَفَرًا بَعِيدًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ)

(ش): احترز بالبعيد من القريب؛ فإنه جائز، قاله ابن القاسم، ونقل اللخمي أنه منع السفر مُطْلَقًا، ورأى اللخمي المنع إذا كان صانعًا ونحوه؛ لأنَّ القصد سِعايته في الحاضرة، الجواز إن كان شأنه السفر قبل ذلك[٢].

(ص): (وَإِذَا اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ عَتَقَ)

(ش): (صَحَّ) أي: الشراء، وَلَمْ يعتق على السَّيد؛ لأن المكاتب قد أحرز نفسه وماله، وإذا صحَّ الشراء فللمكاتب بيعه ووطؤها إن كانت أمة، وقاله ابن القاسم في "الموازية"، فإن عجز المكاتب عتق العبد على السيد، فإن قيل: لا يعتق على سيد مأذون له إلا ما اشْتَرَاه المأذون له غير عالم، وها هنا المكاتب قد يشتري وهو غير عالم بأن ذلك العبد يعتق على سيده. قيل: لما أبيح للمكاتب اشتراؤهم أولا صار أقل أموره كالمأذون يشتري وهو عالم.

(ص): (وَوَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ وَوَلَدُ الْمُكَاتَبِ مِنْ أَمَتِهِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ فِي حُكْمِهَا، بِخِلافِ ما قَبْلَهَا إِلا أَنْ يَشْتَرِطَهُمْ...)

(ش): أي: ما ولد للمكاتبة بعد عقد الكتابة، سواء حملت به بعد العقد أو قبله، وكذلك ولد المكاتب من أمته يشترط أن يحدث بعد الكتابة، وَأَمَّا لو حملت به قبلها فلا يدخل؛ لأنه ملك للسيد.

وقوله: (فِي حُكْمِهَا) أي: في حُكم الكتابة. واحترز بقوله: (مِنْ أَمَتِهِ) مِمَّا لَو كان مِنْ زوجته فإنه لا يتبع؛ لأنَّهَا إِنْ كانت حُرة فالولد حُر، وَإِنْ كانت أمة فالولد رقيق لسيدها.

وقوله: (بِخِلافِ مَا قَبْلَهَا) أي: فلا يدخل إلا أن يشترطهم؛ أي:

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٣٠٠، وإرشاد السالك: ١/٢١٧.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٥٣، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٦.

المكاتب والمكاتبة[١].

(ص): (وَلَوْ وَطِئَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَتَهُ أُدِّبَ وَلا مَهْرَ، فَإِنْ نَقَصَهَا فَعَلَيْهِ، الأَرْشُ إِنْ أَكْرَهَهَا)

(ش): يعني: ولا حد للشبهة. قال في "المدونة": ويعاقب، إلا أن يعذر بجهل، والمذهب سقوط المهر خِلافًا للحسن، نعم إن نقصها فعليه الأرش، هكذا في "المدونة"، وقَيَّده ابن يونس، فقال: يريد إذا كانت بِكْرًا. وقال اللخمي: لا شيء لها إن كانت ثَيِّبًا؛ لأنَّ ذلك لا ينقص من ثمنها، وعلى هذا فالتقييد مأخوذ من "المدونة"، واحترز المصنف بالإكراه لو طاوعته فإنَّه لا شيء عليه، ولا صداق ولا ما نقصها، قاله في "المدونة"[٢].

ابن يونس: ولو كانت بِكْرًا.

(ص): (وَلَوْ حَمَلَتْ خُيِّرَتْ فِي بَقَاءِ الْكِتَابَةِ وَأُمومَةِ الْوَلَدِ مَا لَمْ يَكُنْ ضُعَفَاءُ أَوْ أَقْوِيَاءُ إِنْ لَمْ يَرْضَوْا، فَإِنْ اخْتَارَتِ الأُمُومَةَ وَرَضَوا؛ حُطَّت حِصَّتُهَا...)

(ش): ظاهره: أَنَّها تُخَيَّر في التعجيز ولو كانت قوية على السعي، وقاله محمد وسحنون، وعَلَّله ابن يونس بِمُراعاة الْخِلاف، فابن القاسم قال: إذا حملت بطلت كتابته وصارت أم ولد، فلذلك كان لها تعجيز نفسها.

اللخمي: تعجيزها نفسها ليس بالبين؛ لأنه انتقل عن عتق ناجز إلى عتق بعد موت، وقد تموت قبله رقيقًا، واختلف إذا مضت على كتابتها في نفقتها، فقال سحنون وابن حبيب، ونقله عن أصحاب مالك: لها النفقة ما دامت حاملا قياسًا على المبتوتة الحامل. وقال أصبغ: لا نفقة؛ لاختيارها حكم الكتابة، أما إن عجزت بعد اختيارها الكتابة فهي على حكم أمومة الولد[٣].

وقوله: (مَا لَمْ يَكُنْ) هو شرط في التخيير، وقد تقدَّم مَعْنَاه إذا أعتق السيد بعض المكاتبين، وكذلك تقدم أنه يحط عنهم حِصَّة المعتق، ولو اختارت الكتابة ثم عجزت؛ فإنها لا ترق، بل ترجع إلى حكم أمومة الولد، وتعتق بموت سيدها، قاله في الجلاب.

(ص): (وَإِذَا جنَى وَلَوْ عَلَى سَيِّدِهِ فَالأَرْشُ، فَإِنْ عَجَزَ رُقَّ، ثُمَّ يُخَيَّرُ سَيِّدُهُ بَيْنَ

---

(١) انظر: الذخيرة: ٤١٤/١٠، والاستذكار: ٢٣/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٣٠٤/٦، وحاشية الدسوقي: ٧٦/١٩.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٨٣/٢، والثمر الداني: ٥٥٥/١.

إِسْلامِهِ وَفِكَاكِهِ)

(ش): يعني: إذا جَنَى المكاتب على غيره، وجنايته على سيده كجنايته على الأجنبي؛ لأنَّه أحرز نفسه وماله، ووجب عليه الأرش، فإن أدى بقي على كتابته، وإن عجز فهو عجز عن الكتابة ويرجع رقيقًا، فيخير سيده في إسلامه فيكون رقيقًا للمجني عليه، وفي فكاكه فيكون رقيقًا له[1].

مالك: ولا ينجم على المكاتب الأرش كما ينجم على العاقلة.

ابن وهب: قال عطاء وابن شهاب: بذلك مضت السنة.

محمد: وإذا قال المكاتب لَمَّا طُولِب بالأرش: ما عندي شيء، فقد عجز ويخير سيده، وإن قال: عندي ولكن أؤدي إلى أيام، فلا يرد، ويقول له السلطان: إن تؤديه وشبهه وإلا فأنت رقيق، فإن أداه وإلا عُجِّز.

اللخمي: وإن أدى عنه سيده الأرش على أن يرجع عليه بما أدى؛ بقي على حاله مكاتبًا؛ لأن الجناية سقطت، وإن أدى عنه ليتبعه؛ فعلى مذهب من يرى أنه يجبره على الكتابة، يجوز ذلك وتكون كتابةً من السيد مبتدأة، وعلى مذهب مَنْ يرى أنه لا يجبره على الكتابة يرجع؛ لأنه من عجز الأرش فيجب إرقاقه، وقد دفع السيد ذلك عنه فداء له.

(ص): **(وَلَوْ جَنَى عَبْدٌ مِنْ عَبِيدِ الْمُكَاتِبِ فَدَاهُ بِالنَّظَرِ)**

(ش): في كلامه حذف معطوف تقديره: فداه أو أسلمه بالنظر.

(ص): **(وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مُكَاتَبًا بَعْدَ الْجِنَايَةِ لَزِمَهُ الْفِدَاءُ)**

(ش): نحوه في "الجواهر"، وظاهره أنه لا يقبل قول السيد: لم يرد حملها، وينبغي أن يقيد بذلك كما نص عليه في "المدونة" في المدبر إذا أعتقه سيده، فإن أراد حمل الجناية فذلك له، وإن قال: ظننت أنها تلزم ذمته وإن كان حُرًّا يتبع؛ حلف على ذلك ثم رد عتقه، فإن كان للعبد مالٌ قدر الجناية، أو وجد معينًا على أدائها مَضَى عتقه، ولعلَّ ما ذكره المصنف وابن شاس إِنَّما يَجْرِي على مذهب المغيرة: أَنَّه إِذَا أعتق عالِما بالجناية أنه ضامن، كما لو أولد أمته[2].

(ص): **(وَلَوْ قُتِلَ فَلِلسَّيِّدِ الْقِيمَةُ عَلَى أَنَّهُ مُكَاتَبٌ)**

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٥٥، والتلقين: ٢/٢١١.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٩٩، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٨٠.

(ش): هذه إحدى الروايتين عن مالك، وهو مذهب "المدونة" عند أبي عمران وغيره، قال فيها: وعلى قاتل المكاتب قيمته عبدًا مكاتبًا في قوة مثله على الأداء وضعفه. قيل لأبي عمران: لِمَ قال: يقوم مكاتبًا على قدر أدائه، ولَمْ يقل: يقوم عبدًا؟

قال: مِنْ أجل أن للمكاتب زيادة فيه؛ لأنه يُراد فيه من أجل اجتهاده في خروجه مِنَ الرقِّ. وروي عن مالك وهو مذهب "المدونة" عند جماعة: أنه يقوم عبدًا؛ لأن الكتابة بطلت بقتله، بخلاف الجناية عليه فيما دون النفس، فإنه يلزمه فيه الأرش على أنه مكاتب؛ لأن حكم الكتابة باقٍ لم يبطل لبقاء ذاته.

(ص): **(وَإِذَا تَنَازَعَا فِي الكِتَابَةِ أَوْ الأَدَاءِ فَالقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ)**

(ش): يعني: إنْ ادَّعى العبد أن السيد كاتبه وأنكر السيد، أَوْ ادَّعَى المكاتب دفع الكتابة وأنكر اليد، فالقول قول السيد فيهما؛ لأنه مدعى عليه، إذ الأصل عدم الكتابة والأداء، ولا يمين على السيد في الأولى، وينبغي أن يحلف في الثانية، فإن نكل حلف المكاتب وعتق.

(ص): **(وَيَثْبُتُ الأَدَاءُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ بِخِلافِ الْكِتَابَةِ)**

(ش): هذا نحو ما قدَّمه المصنف في باب (الشهادات)، حيث قال: ونجوم الكتابة وإن عتق بها فتجوز برجل وامرأتين، بخلاف الكتابة فإنها لا تثبت إلا بعدلين.

فرع:

واختلف هل يرد العتق بدين ثبت بشاهد ويمين، أو بامرأتين ويمين، أو شاهد وامرأتين، فظاهر المذهب أنه لا يرد بذلك، وقال القاضي إسماعيل: لا يرد العتق بذلك، وإنما يرد بذلك ما يثبت من العتق بعد الحكم بالمال، إلا أن يثبت أن شهادة الرجل والمرأتين وشهادة الشاهد الذي حلف معه كانت قبل العتق، وكذلك فسَّره عبد الملك ومحمد بن سلمة، إلا أَنْ يكون مُعْتقًا في وصيةٍ فيشهد على الميت رجل وامرأتان، فقد علمنا بغير شهادتهما أن الحق كان قبل العتق. وقال مالك في "الموطأ": يَرِدُ العتق بِنُكول السيد عن اليَمين ويكون صاحب الحق، ومثله في "العتبية" و"المجموعة".

(ص): **(وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِهَا أَوْ جِنْسِهَا أَوْ أَجَلِهَا فَفِي قَبُول قَوْلِ الْمُكَاتَبِ وَالسَّيِّدِ قَوْلانِ لابْنِ القَاسِمِ وَأَشْهَب)**

(ش): تصوره ظاهر، وهو يقتضي بصريحه أَنَّ الْخِلاف في الثلاث مسائل:

أَمَّا الأولى: وهي اختلافهما في المقدار(١).

كما لو قال السيد: بألف، وقال المكاتب: بل تسع مائة. وقال ابن القاسم في "المدونة": القول قول المكاتب إن كان قوله يشبه؛ لأن المكاتب فوت، كما لو اشترى عبدًا فكاتبه ثُمَّ اختلفا في الثمن أن المبتاع مصدق، وشبه ذلك بِمَا رجع إليه مالك إذا اختلف البائع والمبتاع أنهما يتحالفان ما لم تفت السلعة في يد المشتري، فيكون القول قوله. وقال أشهب: ما ذكر عنه المصنف القول قول السيد.

محمد: وحُجَّته أن يقول للمكاتب: أنت مملوكي، فلا تخرج الكتابة إلا بما أقر لك به. واعلم أن أشهب إنما قال هنا: القول قول السيد، فقال اللخمي: الرواية ناقصة. وإنما معنى ذلك أن يحلف السيد، ثُمَّ يُقال للعبد: ترضى بما عليه السيد وإِلا فاحلف وتفسخ الكتابة، كما في البيع سواء.

المازري: وقد لا يحتاج إلى هذا التأويل، ويكون أشهب رأى أن القول قول السيد مطلقًا، بناء على القول أن للسيد أن يجبر عبده على الكتابة؛ لأن السيد يقول: لا فائدة في يمين العبد؛ لأنه بعد أن يحلف تفسخ الكتابة؛ أجبره عليها بذلك.

وخرج اللخمي على قول أشهب: تفسخ الكتابة. اشتراط السيد وطء مكاتبته أو على أن ولدها له ما لم يؤدِّ نجمًا، أنهما هنا يتحالفان ويتفاسخان ما لم يؤد نجمًا، فإن أداه تحالفا ورجع إلى كتابة المثل ما لم يكن أكثر مِمَّا ادَّعاه السيد فلا يزاد، أو أقل مِمَّا قاله المشتري، وكل هذا إذا أتيا جميعًا بما يشبه، وإن أتى أحدهما بما لا يشبه؛ فالقول قول الآخر مع يمينه، سواء اختلفا قبل أداء النجم أو بعده(٢).

وفي تخريج اللخمي نظر؛ لأنَّ شرط الكتابة لا يحل اتِّفَاقًا، وَإِنَّما أرى من قال ببطلان الكتابة أَنَّها فاسدة، فكانت كالبيع الفاسد، بخلاف اختلاف السيد ومكاتبه، فإنَّ ذلك لا يوجب فسادًا كاختلاف المتبايعين(٣).

وأَمَّا الثَّانِية: فهي اختلافهما في الجنس.

كَمَا لو قال أحدهما بثياب، وقال الآخر بخلافها، فلم أر قول ابن القاسم وأشهب فيها كما يوهم كلام المصنف، ولهذا أجرى اللخمي على قول ابن القاسم: أن الكتابة

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٤٩، والكافي: ١/٩٧٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٣٠٠، وإرشاد السالك: ١/٢١٧.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٥٣، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٦.

فوت ويتحالفان ويكون في كتابة مثله من العين، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر؛ فالقول قول الحالف، وإن قال أحدهما عينًا والآخر عرضًا؛ فالقول لمدعي العين، إلا أن يأتي بما لا يشبه، وسكت عن قول أشهب فيه.

قال المازري: إذا اختلفا في الجنس؛ جرى على اختلاف المتبايعين في الجنس يتحالفان ويتفاسخان، ولا خلاف منصوص في البيع فيهما. وتذاكرت مع ابن عبد الصمد بسفاقص في هذه المسألة، فقال لي: فيها قول آخر؛ أن القول للبائع فاستغربته، فقال لي: هو منصوص لمالك في "كتاب أبي إسحاق"، فأخرج لي الكتاب فوجدته فيه.

وَأَمَّا الثالثة: وهي اختلافهما في الأجل.

فكلامه محتمل؛ لأن يكون اختلافهما في وجوده وعدمه، أو في قدره، أو في حلوله.

فأَمَّا الأول، فقال اللخمي: القول قول المكاتب أنها منجمة ما لم يأت من كثرة النجوم ما لا يشبه. قيل: المذهب كله عليه. وأخرج بعضهم فيها خلافًا من اختلاف قول مالك: إذا باع من رجل سلعة، فقال المشتري: بعتها مني إلى أجل، وقال هو: بل نقدًا، وردَّه المازري: بأن العادة في الكتابة لا تكون إلا على التنجيم بخلاف البيع وافترقا.

وأما الاختلاف في قدره. وفي "المدونة": إن قال المكاتب منجمة على عشرة أنجم، وقال السيد على خمسة؛ صدق المكاتب مع يمنيه، وإن أتى ببينة قضى بأعدلهما، وإن تكافآ صدق المكاتب وكان كمن لا بينة له. قال غيره: يقضى ببيِّنة السَّيِّد؛ لأنها زادت، ونقل ابن يونس عن أشهب مثل قول ابن القاسم، وبه لا يتم أن يريد المصنف هذا الوجه؛ لأن أشهب لا يقول قول السيد، وإنما اختلافهما بحلول الأجل، ففي "المدونة": القول قول المكاتب، قال: كَمَنْ أَكْرَى داره سنة أو باع سلعة بدينار إلى سنة وادَّعى حلولها؛ فالمكتري أو المبتاع مصدق، ولم ينقلوا هنا قول أشهب، وبالجملة في كلام المصنف نظر، والله أعلم[1].

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٠/٤١٤، والاستذكار: ١/٢٣.

كتاب أمهات الأولاد

(ص): (أُمَّهَاتُ الأَوْلادِ)

(ش): **الأم في اللغة**: أصل الشيء، والجمع أُمَّاتٍ. وَأَصْلُ أُمِّ أُمَّهَةٌ، ولذلك يُجمع على أمهات. وقيل: وَالأُمَّهَاتُ لِلنَّاسِ والأمَّاتُ لِلنَّعَمِ، وأُمُّ الْوَلَدِ: عِبَارَةٌ فِي اللُّغَةِ عن كُلِّ مَنْ وُلِدَ لَهَا وَلَدٌ، وهي خاصة في استعمال الفقهاء الأمة التي ولدت من سيدها، وجرت عادة الفقهاء بترجمة هذا الباب بالجمع، ولعل سبب ذلك تنويع الولد الذي تحصل به الحرية للأم، فقد يكون تام الخلقة، وقد لا يكون كذلك من مضغة وعلقة وغيرهما[1].

عياض: ولأم الولد حكم الحرائر في ستة أوجه وحكم العبد في أربعة[2].

أمَّا الستة: فلا خِلاف عندنا أنهن لا يبعن في دين ولا غيره، ولا يرهن، ولا يؤجرن، ولا يسلمن في جناية، ولا يستسعين، **وأما الأربعة**: فانتزاع أموالهن ما لم يمرض السيد، وإجبارهن على النكاح على أحد القولين واستخدامهِنَّ، لكن في خيف الخدمة فيما لا يلزم الحرة، وكونهن لسيدهن له فيهن من الاستمتاع ما في الإماء.

(ص): (**وَتَصِيرُ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ بِثُبُوتِ إِقْرَارِ السَّيِّدِ بِالوَطْءِ، وَثُبُوتِ الإِتْيَان بوَلَدٍ حَيٍّ أَوْ مَيِّتٍ عَلَقَةً فَمَا فَوْقَهَا مِمَّا يَقُولُ النِّسَاءُ: إِنَّه مُنْتَقِلٌ**)

(ش): أي: وتصير الأمة أم ولد بمجموع شيئين:

الأول: أن يقر السيد بوطئها. **والثاني**: أن يثبت الإتيان بولد، واحترز بالأول مِمَّا لو أنكر السيد الوطء، فإن الولد لا يلحقه، والمذهب أن اليمين لا تتوجه عليه؛ لأن ذلك مِنْ دَعْوى العتق. وقال عبد الملك: إذا ادَّعى الاستبراء بحلف وهو خِلاف قول مالك، فعلى قوله ينبغي أن يحلف هنا، واختار اللخمي توجهها في العليا مطلقًا، وفي الوخش إن علم منه ميل لذلك الجنس، قال: وقد قيل: إنه لا يصدق في العليا، إذا طال مقامها لكان له وجه، واحترز بالثاني مِمَّا لو أقر بالوطء وأنكر الولادة، فإن لم يكن مع الأمة ولد؛ فإن اليمين تتوجه عليه إذا ادَّعت عليه العلم، وإن كان غائبًا في الوقت الذي يقول

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٣٠٠، والتلقين: ٢/٢١٥.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠١، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٨٢.

أنها ولدت فيه ولم يحلف. واختلف إذا أتت بامرأتين على الولادة كلٌّ تكون أم ولد؟

فقال ابن القاسم: تكون بذلك أم ولد. وقال سحنون: إذا لم يكن معها ولد فلا تكون بذلك أم ولد. واختلف إذا كان معها ولد؛ ففي "المدونة": يقبل قولها. وقيل: لا بُدَّ من امرأتين على الولادة. وقال محمد: يقبل قولها إذا صدقها جيرانها لواحد حضرها، وليس يحضر هذا الثقات، واختار اللخمي الرجوع إلى دلائل الأحوال في ذلك، وظاهر قول المصنف: وثبوت الإتيان بولد أنه لا بُدَّ من امرأتين[1].

وقوله: (عَلَقَة فَمَا فَوْقَهَا) ظاهره أنها لا تكون بِمَا دون ذلك، وهو مذهب أشهب، ومذهب ابن القاسم: أَنَّها لا تكون بالدم المجتمع. قيل: وعلامة كونه ولدًا إذا كب عليه الماء الساخن لا يذوب. وقوله: (مُنْتَقِلٌ) أي: يبين حملا بعد ذلك.

(ص): (وَلَوْ ادَّعَتْ سَقْطًا مِنْ ذَلِكَ وَرَأَى النِّسَاءُ أَثَرَ ذَلِكَ اعْتُبِرَ)

(ش): يعني: إِذَا أَقَرَّ بالوطء وادَّعت سقطًا بولد حي أو ميت علقة فما فوقها، وهو قوله: (مِنْ ذَلِك وَرَأَى النِّسَاءُ أَثَر ذَلِك اعتبر) هذا معنى ما في أمهات أولاد. "المدونة"، قيل: فإن أقرت بولد فأنكر السيد أن تكون ولدته؛ قال: سئل مالك عن المطلقة تدعي أنها قد أسقطت وانقضت عدتها ولا يعلم ذلك إلا من قولها؟ قال: لا يكاد يخفى على الجيران الولادة والسقط وأنها لوجوه تصدق النساء فيها وهو الشأن، ولكن لا يكاد يخفى عن الجيران، فكذا مسألتك في ولادة الأمة، فظاهر هذا مثل ما ذكره المصنف في السقوط، وصَرَّح في "المدونة" في (كتاب القذف) بما لم يصرح به في (كتاب أمهات الأولاد) في مسألة إنكار السيد الولادة، فقال: ومن أقر بوطء أمته فأتت بولد، فقال لها: لم تلديه ولم يدع الاستبراء، وقالت الأمة: بل لقد ولدته منك؛ فهي مصدقة والولد لا حق، فإذا قبل قولها في الولد مع احتمال بعد الزمان، فأحرى في السقط التي آثاره ظاهره[2].

(ص): (وَلَو ادَّعَى اسْتِبْرَاءً لَمْ يَطَأْ بَعْدَهُ لَمْ يَلْحَقْهُ وَلا يَحْلِفُ)

(ش): هذا ظاهر "المدونة" كما ذكر سقوط اليمين، وهو قول مالك ونص "الموازية"، وألزمه عبد الملك ومطرف وعيسى اليمين، ورواه أشهب عن مالك.

وقال ابن مسلمة: يحلف إن اتهم، وإن نكل لحق به الولد ولم ترد اليمين. وقال

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٥٠، والكافي: ١/٩٧٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٣٠٥، وإرشاد السالك: ١/٢١٩.

المغيرة في أول قوله: لا ينبغي بالاستبراء جملة ولا يبرأ منه إلى خمس سنين، ومال إليه اللخمي مستدلا بأن النفي بالاستبراء ضعيف؛ لأن الحامل تحيض عندنا، إلا أن تكون الأمة مِمَّن يظن بها الفساد فيترجح القول بالفساد بالاستقراء، وإن كانت معروفة بالعَفَاف والصيانة لم ينتف به[1].

(ص): (**وَاسْتِبْرَاؤُهَا حَيْضَةٌ وَانْفَرَدَ الْمُغِيرَةُ بِثَلاثِ حِيَضٍ وَيَحْلِفُ**)

(ش): يعني: إذا قلنا: إن له أن ينفي الولد بالاستبراء، فهل يكتفى بحيضة وهو المشهور، أو لا بُدَّ من ثلاث؟ ولم ينفرد المغيرة كما قال المصنف، فقد نقل ابن يونس عن مالك من رواية عبد الملك مثل قول المغيرة: أنه لا ينبغي إلا بثلاث حيض مع اليمين. قال سحنون: والذي ثبت عليه مالك حيضة ولا يمين عليه.

وعن المغيرة أيضًا: أنها حيضة، ثم رجع لثلاث.

بعض الشيوخ: وإذا أوجبنا عليه اليمين فنكل عنها؛ كان ذلك كدعوى العتق مع شاهد، وَجَبَتْ اليمينُ على السيد فنكل عنها، فعلى القول أنه يعتق بالنكول لزمه هنا الولد، وعلى القول الثاني سجن أبدًا.

(ص): (**وَلا يَنْدَفِعُ بِدَعْوَى الْعَزْلِ، وَلا بالإِتْيَانِ فِي الدُّبُرِ، وَلا بَيْنَ الفَخِذَيْنِ مَعَ الإِنْزَالِ**)

(ش): يعني: لا يندفع الولد عنه بقوله كنت أعزل؛ لأن الماء قد يسبقه ولو اليسير منه.

اللخمي: إلا أن يكون العزل البين، ولا بالإتيان في الدبر أو الفخذين، نحوه في "المدونة"، ونقل اللخمي قولا آخر: أنه لا يلحقه الولد؛ لأن الماء إذا باشر الهوى فسد، واستحسن اللخمي القول الأول؛ لأن فساد الماء مظنون فلا يسقط به النسب، واستبعد الباجي حصول الولد عن الوطء في غير الفرج، قال، ولو صح لما حدت المرأة إذا ظهر بها حمل ولا زوج لها، لجواز أن تكون إنما وطئت في غير فرج[2].

اللخمي: وإن كان الإنزال بين شفري الفرج لحق الولد اتفاقًا. قال ابن القاسم: ولو قال: وطئت ولم أنزل؛ لزمه الولد[3].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٥٤، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٨.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٠/٤٢٠، والاستذكار: ١/٢٥.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٦/٣٠٥، وحاشية الدسوقي: ١٩/٧٨.

(ص): (**وَلَوْ أُنْكِحَ أَمَةً أَوْ وَطِئَهَا بِشُبْهَةٍ فَوَلَدَتْ ثُمَّ اشْتَرَاها لَمْ تَكُنْ لَهُ بِذَلِكَ أُمَّ وَلَدٍ**)

(ش): يعني: لو تزوج أمة ووطئها بشبهة فولدت منه، ثُمَّ بعد ذلك اشتراها؛ فإنها لا تكون بذلك الولد المتقدم على الشراء أم ولد، وهذا متفق عليه عندنا.

(ص): (**وَلَو اشْتَرَى زَوْجَتَهُ حَامِلا مِنْهُ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ عَلَى الْمَشْهُورِ**)

(ش): هُمَا روايتان، وبالمشهور قال ابن القاسم وأكثر الأصحاب، وبالشاذ قال أشهب؛ لأن الولد قد مَسَّه الرق وإنما عتق بالملك، ورأى في المشهور أَنَّه لما عتق عليه بالشراء صار كَمَا لو حملت ابتداءً وهي في مِلْك أبيه، ولهذا لو لم يعتق عليه بالشراء لم تكن أم ولد عند الجميع، كما لو كانت الأمة لأبيه واشتراها منه؛ لأنه قد عتق على جده ولم يملكه أبوه، أَمَّا لو اشتراها من أعتق ما في بطنها؛ ففي "المدونة": شراؤه جائز وتكون بما وضعت أم ولد؛ لأنه على الذي عتق بالشراء ولم يصبه عتق السيد؛ إذ لا يتم عتقه إلا بالوضع؛ لأنه يباع عليه في فلسه يبيعها ورثته قبل الوضع إن شاءوا، وإن لم يكن عليه دين والثلث يحملها، ولو ضربها رجل فألقته؛ فإن فيه ما في جنين الأمة، ولو كان بعد ما اشتراها الزوج، ففيه ما في جنين الحرة، قال: وقد تزوج أمة والده فمات الأب فورثها وهي حامل، فإن كان حملا ظاهرًا أو لم يكن ظاهرًا، ولكنها وضعته لأقل من ستة أشهر؛ لم تكن أم ولد؛ لأنه قد عتق على جده في بطنها قبل أن يرثه أبوه فلم يملكه أبوه، ولا تكون أم ولد أبدًا إلا عن مِلك رقبتها بما في بطنها، حتى يعتق الجنين عليه لا على غيره، قال: وإن وضعته لستة أشهر فأكثر فهي له أم ولد، ونحوه لابن الماجشون في "كتاب ابن سحنون"[(١)].

(ص): (**وَمَنْ قَالَ فِي مَرَضِهِ: هَذِهِ وَلَدَتْ مِنِّي وَلا وَلَدَ مَعَهَا، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ وَلَوْ مِنْ غَيْرِهَا عَلَى الأَصَحِّ صُدِّقَ وَعَتَقَتْ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، وَإِلا لَمْ يُصَدَّقْ وَرَقَّتْ..**)

(ش): قد يقال: في كلامه تناقض؛ لأن قوله: (وَلَوْ مِنْ غَيْرِهَا) يقتضي تسوية الحكم منها ومن غيرها وهو مُنَافٍ لقوله: (وَلا وَلَدَ مَعَهَا) ووقع في بعض النسخ إسقاط (لو) وهي أحسن، والقولان في "المدونة"؛ ففيها: وأَمَّا إنْ قال: هذه ولدت مني. ولا يعلم ذلك إلا بقوله: (وَلا وَلَدَ مَعَهَا) فإن كان ورثته ولده؛ صدق وعتقت من رأس المال، وإن لم يترك ولدًا؛ لم يصدق ولا تعتق الأمة في الثلث وتبقى رِقًّا، إلا أَنْ يكون معها

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٨٥، والثمر الداني: ١/٥٦٠.

ولد السيد أو بينة تثبت فتعتق من رأس المال. وقد قال مالك أيضًا: لا تعتق إذا لم يكن معها ولد من ثلث، ولا من رأس مال كان ورثته ولده أو كلالة؛ كقوله: أعتقت عبدي في صِحَّتِي[١]. فلا يعتق في ثلث ولا في رأس مال، وقاله أكثرُ الرُّوَاة.

اللخمي: وعلى قوله في المريض يقر بقبض كتابة مكاتبه ورثته كلالة إذا كان الثلث يحملها ولم يشغل الثلث بوصية، ويجري فيها قول رابع: إن كان اعترف بوطئها قبل قوله الآن وإن لم يحملها الثلث، وهو قول ابن الماجشون في "الواضحة": إذا باعها، ثم قال: ولدت مني، نعم اختار اللخمي أنه يصدق في قوله وتكون على حكم أم الولد، وإن كان إقراره في مرضه ورثته كلالة من لم يحملها الثلث، أو في صحته وعليه دين؛ لما جرى من كثير من الناس كتمان مثل هذا، ثم يعترف به عند الموت ويكون معها الولد ولا سيما إن كانت دنية أو سوداء فيكتمه لمعرة ذلك، فإذا كان عند الموت أقر به؛ لخوف الإثم[٢].

(ص): (**فَإِنْ قَالَ: أَعْتَقْتُهَا فِي صِحَّتِي: لَمْ تُعْتَق مِنْ رَأْسِ مَالٍ وَلا ثُلُثٍ عَلَى الأَكْثَرِ فِيْهِمَا**)

(ش): يحتمل أن يعود فيهما على هذه المسألة والتي قبلها، لكن يبقى فيه نظر؛ لأنه قد تقدم من كلامه في "المدونة" أن الأكثر على مقابل الأصح، وعلى هذا فيعود الضمير على رأس المال والثلث، ويكون مقابل الأصح أنها تعتق من رأس المال على قول، ومن الثلث على قول، وقد سوى ابن زرقون بين العتق والاستيلاد، فقال: اختلف فِيمَنْ أَقَّر في مرضه أنه كان فعل شيئًا في صحته مثل: عتق أو إيلاد على ستة أقوال:

أحدها: من (كتاب أمهات الأولاد) أيضًا: إن ورث بولد فمن رأس المال، وإن ورث بكلالة لم ينفذ من الثلث ولا من رأس المال[٣].

والرابع: ظاهر قول ابن القاسم في كتاب " الكتابة"، ونص ما في "المدونة": إن ورث بولد نفذ من رأس المال، فإن ورث بكلالة نفذ من الثلث.

والخامس في "الموازية": ينفذ من الثلث ورث بولد أو كلالة. **والسادس** حَكَاه التونسي: إن حمله الثلث جاز، وإن لم يحمله بطل جميعه، ونحوه لابن رشد وحكاه

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٣٠٠، والتلقين: ٢/٢١٥.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠١، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٨٢.

(٣) انظر: بلغة السالك: ٢/١٥٠، والكافي: ١/٩٧٢.

وقولا **سابعًا**: إن ورث بولد هذا من الثلث، وإن ورث بكلالة لم ينفذ من رأس مال ولا ثلث. ويأتي في أم الولد قول ثامن وهو ما خَرَّجه اللخمي: إن كان اعترف بوطئها قبل قوله الآن، وَإِلا فلا كما تقدم.

(ص): (**وَلَيْس للسَّيِّدِ فِيْهَا إِجَارَةٌ وَلا غَيْرِهَا سِوَى الاسْتِمْتَاعِ وَمَا قَرُبَ مِنَ الْخِدْمَةِ**)

(**ش**): في "المختصر": لا تؤاجر إلا برضاها؛ لأنَّ الحر لو رضي أن يؤاجر نفسه جاز. ابن الجلاب: إن أجرها فسخت الإجارة، فإن لم تفسخ حتى انقضت لم يرجع المستأجر على سيدها بشيء[1].

وقوله: (وَلا غَيْرِهَا) أي: من البيع، وهذا مذهبنا، ومذهب الجمهور: أنها لا تُباع في دين ولا غيره، ونقل سحنون على ذلك، ويعضده ما رواه الدارقطني وغيره من منع بيعهن، لكن الأحاديث فيها ضعف، ومنع في "المدونة" كتابتها، لكن ذلك محمول عند الشيوخ على ما إذا لم ترض بذلك، وأَمَّا لو رضيت فتجوز الإجارة، ثُمَّ اسْتَثْنَى من ذلك الاستمتاع منها وما قرب من الخدمة، وهو قريب مِمَّا لعبد الوهاب في "المعونة"، فإنه قال: وله استخدامها فيما قرب ولا يشق، لكنه مخالف لما في "الموازية" عن ابن القاسم من التفصيل بين الرفيعة والدنية؛ لأنه قال: ليس له أن يعنت أم الولد في الخدمة، وإن كانت دنية وتبتذل في الحوائج الخفيفة ما لا تبتذل في الرفيعة.

وقال الباجي: للسيد استخدام المدبرة دون أم الولد على المشهور من قول مالك، وظاهره أن مقابل المشهور له فيها الخدمة الكثيرة، والأظهر عنده أن له فيها الخدمة؛ أي الكثيرة؛ لأنها فيه على حكم الملك، وإنما منع من تملكها غيره، وقياسًا على استخدام أم ولده؛ لأن حرمتهما واحدة، إذ كل ذات رحم فولدها بمنزلتها[2].

(ص): (**وَلَوْ بِيْعَتْ وَأَعْتَقَهَا الْمُشْتَرِي فَسَخَ وَمُصِيبَتُهَا مِنَ البَائِعِ**)

(**ش**): (فسخ) أي: البيع والعتق وعادت أم الولد، وإذا فسخ العتق فأحرى الكتابة والتدبير، وكذلك أيضًا لا يفيتها إياه المشتري عالمًا أنها أم ولد للبائع غرم قيمة الولد، واختلف إذا غره وكتمه أنها أم ولد، فقال ابن الماجشون: عليه قيمة الولد. وقال مطرف: لا شيء عليه؛ لأنه أباحه إيَّاها. اللخمي: وهو أحسن.

قوله: (وَمُصِيبتُهَا مِنَ البائع) يعني: أن هذا مخالف للبيع الفاسد؛ لأن الملك لا

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٣٠٥/١٢، وإرشاد السالك: ٢١٩/١.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٤٥٤/٨، ومنح الجليل: ١٨٨/٢٠.

ينتقل هنا، وإذا فسخ البيع؛ ظاهر المذهب لا شيء على البائع مِمَّا أنفقه المشتري عليها ولا من قيمة خدمتها. وقال سحنون: يرجع النفقة، يريد ويرجع هو بالخدمة، قاله اللخمي، قال: وإذا انقضى البيع تحفظ من البائع؛ لئلا يعود إلى بيعها ولا يؤمن من السفر بها، وإن خيف عليها ولم يمكن التحفظ منه عتقت عليه قياسًا على قول مالك في "المبسوط " في الذي يبيع زوجته أنه لا يكون بيعها طلاق، قال: وتطلق عليه إذا خيف أن يعود، وإن غاب المشتري ولم يعلم مكانه تصدَّق بالثمن[(١)]. انتهى.

وهذا إذا باعها لا شرط الحرية والعتق، وإن باعها على أنها حرة ساعتئذٍ، فهذه ترد ما لم تفت للعتق، فيمضي عتقها والولاء للبائع ويسوغ له الثمن؛ لأن المبتاع علم أنها أم ولد وشرط فيها العتق فكأنه فكاك، ولو لم يعلم أنها أم ولد لرجع بالثمن[(٢)].

(ص): **(وَإِذَا جَنَتْ وَجَبَ فِدَاؤُهَا بالأَقَلِّ منْ قِيْمَتِهَا أَوْ أَرْشِ الْجِنَايَة)**

(**ش**): لأن الشرع لما منع من إسلامها نزلت قيمتها منزلتها، فلذلك كان عليه في الجناية الأقل من قيمتها أمة وأرش الجناية، وأطلق في قوله: (قيمتها) والمشهور: اعتبار القيمة يوم الحكم. وقال المغيرة: يوم جنت. قال محمد بن عبد الحكم: لا شيء على سيدها من جنايتها وذلك في ذمتها. قال ابن الجهم: السيد بالخيار إن شاء أسلم أرش الجناية، أو أسلم ما بقي له فيها من الخدمة فيستخدمها أو يؤاجرها، قال: ولا يلحقه من الجناية أكثر مما يملك منها، فإن وفت رجعت إلى سيدها، وإن لم توف حَتَّى مات عتقت وأتبعت بالباقي ذمتها[(٣)].

خليل: وانظر هل يتخرج فيها قول ثالث بعدم الرجوع عليها بما بقي من الدين، وإذا تعددت الجنايات وقام أهلها في وقت واحد أسلمت القيمة إليهم وتحاصوا فيها على قدر أرش تلك الجناية، قيل: إلا أن تكون قيمتها مثل أقل الجناية؛ فيتحاصوا على السواء، واختلف إذا لزمت السيد قيمتها وبقي أقل من الأرش هل تقوم بمالها.

(ص): **(وَلَوْ سُبِيَتْ وَغُنِمَتْ وَقُسِمَت افْتَكَّهَا بِجَمِيع مَا قُسِمَتْ به وَيُتَّبَعُ بِهِ إِنْ كَان مُعْسِرًا. وقيل: بالأَقَلِّ مِنْهُ وَمِنْ قيمَتِهَا...)**

(**ش**): قد تقدمت هذه المسألة في الجهاد، وتقدم الخلاف فيها أكثر من هذا.

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٠/٤٢٠، والاستذكار: ١/٢٥.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٣٠٥، وحاشية الدسوقي: ١٩/٧٨.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢/٤٨٥، والثمر الداني: ١/٥٦٠.

(ص): (وَتُعْتَقُ بَعْدَ الْمَوْت مِنْ رأس مَالِهِ وَلا يَرُدُّهَا دَيْنٌ)

(ش): هذا مذهبنا، ولا يردها الدين سابقًا أو لاحقًا.

(ص): (وَوَلَدُهَا مِنْ غَيْرِهِ بَعْدَ الاسْتِيلادِ يُعْتَقُون بِمَوْتِهِ وَلَه خِدْمَتُهُمْ، وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهِمْ كَأُمِّهِمْ...)

(ش): قوله: (وَوَلَدُهَا) أي: أولاد أم الولد الكائنين قبل الإيلاد أرقاء، للسيد بيعهم وغير ذلك من حكم الأرقاء، ولا إشكال أن ولدها من سيدها أحرار، وأن أولادها بعد الولادة من سيدها وهم الذين تكلم عليهم المصنف الآن فحكمهم كأمهم؛ لأن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها، ومعنى كلامهم: أنهم يعتقون بموت سيد أمهم من رأس ماله[1].

قوله: (وَلَهُ خِدْمَتُهُم) أي: يؤاجرهم صاحب الخدمات وغيره، وهم في ذلك بخلاف أمهم، وينبغي على قاعدة المذهب أن يستوي حكمهم وحكم أمهم؛ لأن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها[2].

قوله: (وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهِمْ كَأُمِّهِم) التشبيه في الجناية فقط؛ لأنهم في الخدمة يخالفونها كما ذكر، وعلى هذا فـ (الجناية) مبتدأ وخبره (كأمهم) يعني: أن أرش جنايتهم تكون لسيدهم لا لهم، وذلك هو الحكم في الجناية على أمهم، ولم يقدم المصنف الكلام على الجناية على أمهم، يفهم من قوله إثر هذا.

(ص): (وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَخْذِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهَا، فَفِي كَوْنِهَا كَمَالِهَا فَيَتَّبِعُهَا قَوْلان)

(ش): لأنه يلزم منه أن السيد يأخذ أرش الجناية عليها في حياته والقولان لمالك.

ابن المواز: والقياس قوله الأول أنه لورثته، واستحسن ما رجع إليه مالك من أن ذلك يتبعها، وكذلك لو أعتقها قبل أن تؤخذ دية الجناية فإنها لها، وقال أشهب: للسيد.

(ص): (وَفِي إِجْبَارِهَا عَلَى التَّزْوِيجِ قَوْلانِ: وَكَرِهَهُ وَلَو بِرِضَاهَا)

(ش): أما القولان في الإجبار قد تقدما في النكاح، (وَكَرِهه وَلَو بِرِضاهَا) أي: في تزويجها وهو ظاهر "المدونة"؛ ففيها: وكره مالك أن يزوج الرجل أم ولده، وعلى هذا حملها أكثر المفسرين، وقيدها فضل بغير رضاها، وعللت الكراهة بأنه ليس من مكارم الأخلاق، ونحوه في "العتبية"، وبأن ذلك لا يخلو غالبًا من إكراه.

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٣٠٠، والتلقين: ٢/٢١٥.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠١، وحاشية الصاوي: ١٠/٣٨٢.

(ص): (وَلَوْ وَطِئَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَمَةً فَحَمَلَتْ غَرِمَ قِيمَةَ نَصِيب الآخر، وَإِنْ كَانَ مُعْسرًا خُيِّرَ الآخر في اتِّبَاعِهِ، أَوْ بَيْعِ الْجُزْءِ الْمُقَوَّمِ ويَتْبعُهُ بِمَا بَقِيَ وَبِنصْفِ قيمَة الولد...)

(ش): لا شكَّ أن أحد الشريكين لا يجوز له الوطء ابتداء، وأنه إن وطئ لا حد عليه للشبهة ويؤدب، إلا أن يعذر بجهالة على المشهور. وقال ابن حبيب: لا يعذر هنا بجهل، غير أن عقوبته أخف من العالم[1].

وقوله: (فَحَملت) احترز به مِمَّا لو لم تحمل؛ فلا يجبران على التقويم، بل يخير الشريك بين التقويم على شريكه أو المتمسك. وقيل: لا شيء له. وقيل: لا بُدَّ من التقويم لتتم له الشبهة، وفي "الموازية": لا تقوم عليه ويلزمه نصف ما نقصها الوطء، وهو ظاهر؛ لأنه نقص يسيرٌ في الغالب[2].

وقوله: (غَرِمَ قيمَةَ نَصيبِ الآخر) يعني: إذا كان موسرًا؛ لمقابلته له بما إذا كان معسرًا ولا تخيير لواحد مِنْهُمَا، واختلف في وقت التقويم؛ ففي "المدونة": يوم الوطء وهي له أم ولد. وقيل: يوم الحكم. وقيل: إن شاء يوم الوطء وإن شاء يوم الحكم، واختاره محمد.

وقوله: (وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا خُيِّر) أي: الشريك في اتِّباع الواطئ بنصف قيمة الأمة ونصف قيمة الولد، وفي بيع ذلك النصف المقوم عليه بعد الوضع، فإن نقص ثمن ذلك الجزء عَمَّا لزمه من القيمة أتبعه بما بقي، وهذا هو المشهور. وكان مالك يقول: الأمة أم ولد للواطئ يتبع بالقيمة دينًا كالموسر. وقيل: الشريك مُخَيَّر أن يتماسك بنصفه ويتبع الواطئ بنصف قيمة الولد دينًا، أو يضمنه ويتبعه دينًا في ذمته. وفي المسألة قول رابع لابن القاسم في "الموازية" أن الشريك إذا تمسك بنصيبه ولم تقوم اتبع بنصف قيمة الولد، ونصف ما نقصها الولادة.

وخامسها لمطرف ابن الماجشون: إن أحب تمسك، وإن أحب قومها عليه في الذمة، وإن أحب بيع له نصفها ولا شيء له من نصف قيمة الولد قوّمَ أو أمسك.

وسادس لأشهب: أَنَّها تباع عليه بما يوفي من الدين وإن كان أكثر من النصف؛

(١) انظر: بلغة السالك: ٢/١٥٠، والكافي: ١/٩٧٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٣٠٥، وإرشاد السالك: ١/٢١٩.

لأنه يقول: لا تكون بعض أم الولد، وللواطئ أن يتبع الباقي إن أحب[1].

(ص): **(وَلَوْ وَطِآهَا فَحَمَلَتْ؛ فَالْقَافَةُ وَإِنْ كَانَ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا)**

(ش): يعني: وإن وطئ الشريكان معًا في طُهر واحد فأتت بولد لستة أشهر فأكثر من وطء الثانية؛ فإنه تدعى له القافة، وإن كان أحد الشريكين ذميًّا أو عبدًا فإن ألحقوه بالذمي بقي على دين أبيه، وإن مات أحدهما قبل دعاء القافة، فإن كانت القافة تعرف الميت فالحكم كما لو كان حيًّا، وإن كانت لا تعرفه، فإن قالت: هو للحي؛ يلحق به، واختلف إذا قالت: لا شيء له فيه، أو ماتا جميعًا قبل أَنْ تُدْعى القافة، فقال أصبغ: إذا قالت: لا شيء فيه لهذا الحي لحق بالميت، وإن مات قبل النظر فهو ابن لهما. وقال ابن الماجشون: يبقى لا أب له في الوجهين[2].

(ص): **(فَلَوْ أَشْرَكَتْهُمَا القَافَةُ حُكِمَ بِإِسْلامِهِ، وَقَالَ ابنُ القَاسِمِ: يُوالِي مَنْ شَاءَ إِذَا كَبُرَ. وقَالَ ابنُ الْمَاجِشُون: يُلْحَقُ بِأَقْوَى شَبَهٍ. وَقَالَ ابْنُ مَسْلَمَةَ: بالوَاطِئِ الأَوَّلِ، وَإِلا فَبِأَقْوَى شَبَهٍ. وَقَالَ سَحْنُونٌ: يَكُونُ ابنًا لهما...)**

(ش): يعني: لو قالت القافة هو ابن لهما؛ فالولد محكوم له بالإسلام ولو كان أحد الواطئين كافرًا، ثم اختلف في المشهور وهو قول ابن القاسم، وروايته أن الاشتراك في الولد لا يصح خلافًا لسحنون، وعلى قول سحنون: يكون على كل واحد نصف نفقته، ونصف عن كل واحد نصف ميراث، وعلى الأول فثلاثة أقوال:

الأول لمالك وابن القاسم: أنه يوالي إذا كبر من شاء منهما، فيكو له أبًا فقط، واختلف في حدِّ الموالاة، فروى ابن القاسم: إذا بلغ. قال أصبغ: إذا أثغر.

والقول الثاني لابن الماجشون، وبه قال مطرف وابن نافع: لا يترك يوالي من شاء، ويقال للقافة: ألحقوه بأقواهما شبهًا.

والثالث لابن مسلمة: إن عُرف الأول لحق به؛ لإمكان أن تكون حاملا قبل أن يصيبها الآخر، وإن جهل الأول لحق بأكثرهما شبهًا فيما يرى من الرأس والصدر؛ لأنه الغالب. هكذا نقل اللخمي، وعلى قول ابن القاسم فاختلف في نفقته وكسوته قبل الولادة، فقال ابن القاسم، وعيسى، ومحمد بن عبد الحكم: ينفقان عليه جميعًا؛ إذ لا قرابة لأحدهما، وإن مات أحدهما أنفق على الصبي مِمَّا وقف له من ميراثه منه نصف

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٨/٤٥٤، ومنح الجليل: ٢٠/١٨٨.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٠/٤٢٠، والاستذكار: ١/٢٥.

نفقته[١].

ابن راشد: وقال أصبغ: النفقة على الآخر منهما إلى أن يبلغ حد الموالاة، ثُمَّ لا رجوع إذا والى على رواية علي. وقال أصبغ: يرجع مَنْ أنفق على مَنْ والاه.

فروع:

الأول: لو لم توجد القافة، فإن الولد يترك إلى أن يكبر فيوالي من شاء مِنْهُمَا. قيل: وهذا هو المشهور. وقيل: يصبر إلى أن يوجد قائفٌ[٢].

الثاني: لو مات الولد عن مالٍ قبل الموالاة. فقال ابن القاسم: هو بين الأبوين نصفين، حرين كانا أو عبدين، أو مختلفين، أو أحدهما مسلم والآخر ذمي، كمال تنازعه اثنان[٣].

الثالث: إن ولدت توأمين فإن ألحقتهما القافة بأحدهما صح اتِّفاقًا، وإن أشركتهما فيهما فكما لواحد، وإن قالت: هذا ابن لهذا وهذا لهذا، فقال عبد الملك: لا يقبل قولهما ولا يلحقان إلا بأحدهما. وقال سحنون: يقبل قولهما، فإن كان أَولهما مليًّا موسرًا كانت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لو حمت، وله على الثاني مثل ذلك. وقيل: لا شيء عليه وعتقت الأمة عليهما جميعًا.

وفروع القافة كثيرة ولنقتصر على هذا المطلب محاذاة لكلام المصنف.

(١) انظر: حاشية العدوي: ٣٠٥/٦، وحاشية الدسوقي: ٧٨/١٩.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٤٨٥/٢، والثمر الداني: ٥٦٠/١.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٣٠١/١، وحاشية الصاوي: ٣٨٢/١٠.

كتاب الوصايا

(ص): (الوَصَايَا أَرْكَانٌ)

(ش): الوَصَايَا جمع وَصِيَّة.

الجوهري: أوصيتُ له بشيء، وأوصيتُ إليه: إذا جعلته وصيه، والاسم الوِصَاية والوَصَايا بالكسر والفتح، وأوصيته ووَصَّيْته أيضًا توصية بمَعْنًى. انتهى[1].

والوصية مشتقة فيما ذكر الأزهري من قولهم: وصى الشيء بكذا يصيه: إذا وصله به[2].

وحَدَّهَا بعض الحنفية بأنها: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

المازري: وهي مندوبة عندنا، إلا أن يكون عليه حق يخشى تلفه على أصحابه إن لم يوص، فيجب.

ونحوه لبعض القرويين: أنه إن كان له حق، أو عليه حق، فهي واجبة، وإلا فهي مستحبة.

وإنما تجب عليه الوصية في ذلك فيما له بال، وجرت العادة فيه بالإشهاد من حقوق الناس.

وأما اليسير من ذلك مما يجري بين الناس من المعاملات، فلا يجب عليه؛ إذ لا يكلف بذلك كل يوم وليلة للمشقة، وأوجبها الظاهرية[3].

ولنا في مُسْلِمٍ: "ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت لَيْلَتَيْن - وفي رواية: يبيت ثلاث ليال - إلا ووصيته عنده مكتوبة"[4]، ولو كانت واجبة، لَمَا وكلها إلى

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٠، وإرشاد السالك: ١/٢١١.

(٢) انظر: الاستذكار: ٧/٢٦٠، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥١١.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٨٦، والتلقين: ٢/٢١٨.

(٤) أخرجه مسلم، في كتاب الوصية، رقم (١٦٢٨).

قال النووي: معنى الحديث أن من الحزم والاحتياط للمسلم أن تكون وصيته مكتوبة عنده، ويستحب تعجيلها، وأن يكتبها في صحته، ويشهد عليه فيها، ويكتب فيها ما يحتاج إليه، فإن تجدد له أمر يحتاج إلى الوصية به الحقه بها. قالوا: ولا يكلف أن يكتب كل يوم محقرات =

إرادته، وحمل بعض شيوخ عبد الحق هذا الحديث على أن قوله عليه الصلاة والسلام: "يبيت ليلتين"[(١)] محمول على ما إذا كان موعوكًا[(٢)].

وقال صاحب " المقدمات": الصواب حمله على إطلاقه في الموعوك والصحيح؛ لأن الصحيح قد يَفْجَأُهُ الموت.

وقوله: (أركان)، أي: لها أركان أربعة، فَحَذَفَ الخبر والصفة.

(ص): **(المُوصِي حُرٌّ مُمَيّزٌ مَالِكٌ)**

(ش): هذا هو الركن الأول، وذكر له ثلاثة شروط، أو شرطًا مركبًا من ثلاثة أجزاء، واحترز بكلٍ من مقابله:

فاحترز بالحر من العبد؛ لأنه وإن كان يملك، فلا تنعقد وصيته بحق السيد.

والمُمَيّز من المجنون، والصغير غير المميز، أما لو كان المجنون يفيق أحيانًا وأَوْصَى في حال إفاقته، لَصَحَّتْ.

وبالمَالِك من غيره، والمراد بالمالك: من يملك مِلْكًا تامًّا، ليحترز من المستغرق الذمة.

(ص): **(فتصحُّ من السفيه المُبَذِّر، والصبي المميز إذا عَقَلَ القُرْبَة، ولم يَخْلِطْ فيها)**

(ش): لأن الحجر عليهما إنما كان لأجلهما، فلو حجر عليهما في الوصية، لكان الحجر لغيرهما[(٣)].

وقَيَّد اللخمي إمضاء وصية السفيه بأن يصيب وجه الوصية.

مالك في "المُوَّازِيَّة": وإذا ادَّان المُوَلَّى عليه ثم مات، لم يلزمه ذلك، إلا أن يُوصِي به فيجوز في ثلثه[(٤)].

=

المعاملات وجزيئات الأمور المتكررة.

(١) قال النووي: فيه الحث على الوصية، وقد أجمع المسلمون على الأمر بها، لكن مذهبنا ومذهب الجماهير أنها مندوبة لا واجبة، وقال داود وغيره من أهل الظاهر: هي واجبة لهذا الحديث، ولا دلالة لهم فيه، فليس فيه تصريح بايجابها، لكن إن كان على الإنسان دين أوحق أو عنده وديعة ونحوها لزمه الايصاء.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٥٣٦، والفواكه الدواني: ١/٧٣.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٦٦، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٢٣.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٢١، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٦٥.

ابن كِنَانة: وإن سَمَّى ذلك لِيُقْضَى من رأس ماله، ولم يجعله في ثلثه، لم يجز ذلك على ورثته، وإن أَوْصَى به على وجه الوصايا، فهو مُبَدًّأ على وصاياه.

ولابن القاسم: إذا باع المُوَلِّي عليه، فلم يرد بيعه حتى مات، أنه ينفذ بيعه.

ابن زرقون: فعلى هذا يلزمه الدَّيْن بعد موته، فتأمله.

وذَكَرَ المصنف لإمضاء وصية الصغير ثلاثة شروط:

الأول: التمييز؛ لأن غير المُمَيِّز لا تصح وصيته بالاتِّفاق.

الثاني: أن يعقل القربة، وهذا قد يستغنى عنه بالتمييز.

الثالث: أن لا يخلط.

وهذا قد ذكره في "المدونة"، فقال: إذا أصاب وجه الوصية، وذلك إذا لم يكن فيها اختلاط[1].

وفسر اللخمي عدم الاختلاط: بأن يوصي بما فيه قربة لله تعالى، أو صلة رحم، فأما إن جعلها فيما لا يحل من شرب خمر، أو غيره؛ فلا تَمْضِي[2].

وقال أبو عمران: يريد إذا لم يخلط في كلامه، مثل أن يذكر في كلامه ما يُبَيِّنُ أنه لم يعرف ما ابتدأ به.

اللخمي: واختلف في السن التي تجوز وصيته فيه، فقال مالك في "المدونة": عشر سنين، أو أقل باليسير.

وقال في "المُوَّازِيَّة": تسع سنين.

وقال أصبغ، وابن شهاب في "الواضحة": تجوز وصيته إذا عَقَلَ الصلاة[3].

وقال مالك في "العُتْبِيَّة": إذا أثغر وأُمِرَ بالصلاة وأُدِّبَ عليها، وهذا أقل ما قيل.

وقال ابن الماجشون: إذا كان يافعًا مراهقًا، وهذا أكثر ما قيل. وأشار اللخمي إلى النظر إلى حال كل صبي بانفراده[4].

أشهب: ومن أَوْصَى بوصية، وجعل إنفادها إلى غير الوصي، فذلك إلى وَصِيّهِ، وهذا مما يُنظر فيه، فإن نظر الوصي ينقضي بموت الصبي، ألا ترى أن جرح الصبي

---

(١) انظر: المدونة: ٣٥٦/٤، وحاشية الصاوي: ٤٩٢/١٠.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٤/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٣/٢٤.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢٨٩/٢، ومنح الجليل: ٤٦٦/٢٠.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥١٣/٨، وتهذيب المدونة: ١٧٤/١.

ينظر فيه وليه، وديته إذا قُتِلَ ليس للوصي فيها نظر، وإنما هو للورثة، إلا أن يُقال: ملك الصبي للدية متعذر بعد موته، وإنفاد الوصية بعد موته إنما يكون على تقدير ملكه.

والوصي: هو الناظر في أملاك الصبي، وهذا منها.

وقال أشهب أيضًا: من أَوْصَى لِبِكْرٍ بمائه دينار، ولا ولي لها، فدفع الورثة ذلك إليها بغير أمر الإمام، فقد بَرُّوا.

واختار اللخمي: إن كان لها وصي أن يُدفع إلا إليه، إلا أن يكون مما يُعلم أن الميت أراد دفع ذلك إليها؛ لتنتفعَ به في مطعم وملبس، فيُدْفَعُ إليها.

(ص): **(ومن الكافر إلا بمثل خمر لِمُسْلِمٍ)**

(ش)، أي: وتصح الوصية من الكافر؛ لأنه حُرٌّ مُمَيِّزٌ[(١)].

مالك: إلا أن يوصي لمسلم بما لا يصح تملكه من خمر ونحوه، ومفهوم قوله: (لمسلم) وهو مفهوم كلام ابن شاس: أنه لو أَوْصَى بذلك لكافر، لَصَحَّتْ. وهو ظاهر؛ لأنه أَوْصَى بها لمن يصح تملكه لها، ولم أر ذلك نَصًّا، وقد يؤخذ ذلك مما لابن القاسم في "العُتْبِيَّة": في نصراني أَوْصَى بجميع مَالِهِ للكنيسة، ولا وارث له، قال: يُدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله، وثلثاه للمسلمين[(٢)].

(ص): **(وتَبْطُلُ وَصِيَّةُ المرتد وإن تَقَدَّمَتْ)**

(ش): قال: وإن تقدمت؛ ليفيد أنه لا فرق في البطلان بين ما أَوْصَى به في حال ردته أو قبلها، وهذا مقيد بأن يموت على ردته، سواء قُتِلَ، أو مات عليها[(٣)].

وأما إن رجع للإسلام، فقال أصبغ: إن كانت مكتوبة جازت، وإلا فلا. وكذلك لو أَوْصَى بها وهو مرتد، وهو كالمريض إذا صَحَّ، ثم مات[(٤)].

(ص): **(ويَصِحُّ رجوعه بما يدل عليه من قول، أو فعل، أَوْصَى في صحةٍ، أو مَرَضٍ)**

(ش): حكى غير واحد الإجماع على أن الوصية عقد جائز للوصي أن يرجع عنها، سواء كانت بعتق أو غيره، وسواء أَوْصَى في سفر، أو مرض.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤٨٦/١٢، والتلقين: ٢١٨/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٣٠١/١، وإرشاد السالك: ٢١١/١.

(٣) انظر: الاستذكار: ٢٦٠/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١١/٢.

(٤) انظر: الثمر الداني: ٥٣٦/١، والفواكه الدواني: ٧٣/١.

الباجي وغيره: وله أن يرجع ما لم يمت[١].

وقوله: (من قول، أو فعل) بيان لما يدل على الرجع، وأضرب عن بيان الرجوع بالقول؛ لوضوحه[٢].

قال في "وثائق المجموعة": إذا قال: اشهدوا أني قد أبطلت كل وصية تقدمت، فإنها تبطل، إلا وصية قال فيها: لا رجعة لي فيها، فلا تبطل حتى ينص عليها.

(ص): **(والفِعْلُ كالبيع، والعتق، والكتابة، والاستيلاد)**

(ش): أتى بحرف العطف؛ ليدل على معطوف عليه محذوف، أي: فالقول ظاهر والفعل كذا، يعني: إن باع الثوب المُوصَى به مثلا، أو أعتق العبد، أو كاتب، أو استولد الأمة، فذلك رجوع؛ لخروج المُوصَى به عن ملك المُوصِي.

وينبغي إذا عجز المكاتب في حياة السيد أن تعود الوصية فيه، كما تعود في المبيع المُوصَى به على أحد القولين، وهاهنا أَوْلَى؛ لأن الكتابة لا تنقل الملك[٣].

(ص): **(بخلاف الرَّهْن، وتزويج الرقيق، وتعليمه، والوطء مع العزل)**

(ش)، أي: فإن هذه لا تكون رجوعًا في الوصية؛ لأنها لم تنقل الملك، ولم تغير الاسم، وعلى الورثة خلاص الرهن[٤].

وفي "العتبية" لأصبغ: إذا عَلَّمَهُ الكتابة، لا يكون ذلك رجوعًا، ويكون الورثة شركاء بقدرها[٥].

وتَبِعَ في قوله: (الوطء مع العزل) ابن شاس، ومقتضاهما أن الوطء من غير عزل يكون موجبًا للرجوع، ومقتضى المذهب خلافه.

فقد قال ابن القاسم في "المُوَّازِيَّة": من أَوْصَى لرجل بجارية، فله وطئها، وليس ذلك برجوع، وكذلك رواه عنه أصبغ، وأبو زيد في "العُتْبِيَّة"[٦].

وفي "البيان": لا اختلاف أن الوطء والاستخدام ليس برجوع.

---

(١) انظر: المدونة: ٣٢١/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٦٥/١٩.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٤/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٣/٢٤.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ٢٦٦/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٢٣/٢.

(٤) انظر: المدونة: ٣٥٦/٤، وحاشية الصاوي: ٤٩٢/١٠.

(٥) انظر: كفاية الطالب: ٢٨٩/٢، ومنح الجليل: ٤٦٦/٢٠.

(٦) انظر: التاج والإكليل: ٤٨٨/١٢، والتلقين: ٢١٩/٢.

أبو زيد، عن ابن القاسم: وإن وُقِفَتِ الأَمَةُ بعد موته؛ خيفة أن تكون حاملا، فقتلها رجل، فقيمتها للميت، إذ قد تكون حاملا، ولا شيء للموصَى له.

وخالفه ابن عبدوس، ورأى أن القيمة للموصَى له.

وهذا كله يدل على أن الوطء مُطْلَقًا لا يكون رجوعًا، ولم يَعُدُّوا نقل هذه الأشياء دليلا على الرجوع في الوصيه، وعَدُّوها دليلا على الرِّضَى في بيع الخيار، وفي العيب؛ لأن الموصَى به على ملك الموصِي قبل الموت فله التصرف فيه، وإنما يتعلق حق الموصَى له بالموت، بخلاف الخيار والعيب، والله أعلم[١].

(ص): **(وبخلاف ما لو أَوْصَى بثُلُثِ مالِهِ، ثم باع جميعه)**

(ش): هذا معطوف على خلاف الأول، يعني: فلا يكون هذا رجوعًا؛ لأن ثلث المال لا يختص بما عنده حال الوصية، بل المعتبر ما يملكه حال الموت، سواء زاد، أو نقص[٢].

قال في "النوادر": وإذا أَوْصَى برقيقه، ثم بدلهم، أو زاد ونقص، فإنما للموصَى له من يكون عنده يوم مات، لا يوم أَوْصَى[٣].

وفي "الجلاب": ومن أَوْصَى لرجل بثيابه، وله ثياب يوم وصيته، فباعها واستخلف غيرها، ثم مات؛ فللموصَى له ثيابه التي استخلفها، إلا أن يُبَيِّنَ تلك الثياب الأوَل بأعيانها، فلا يكون للموصَى له شيء مما استخلفه[٤].

(ص): **(فلو باعه، ثم اشتراه، ففي رجوع الوصية قولان)**

(ش)، أي: إذا أَوْصَى بمعين، كقوله: هذا العبد لفلان، ثم باعه واشتراه، ففي رجوع الوصية قولان، بناء على أن بالبيع يحصل الرجوع، فلا تعود الوصية إلا بإيصاء جديد، أو لأن الفوت قد انتفى[٥].

(ع): والذي نَصَّ عليه ابن القاسم، وأشهب، وأصبغ، ولا أعلم فيه خِلافًا أنه يعود إلى الوصية، كما أنه لا خلاف إذا عَيَّنَ الموصَى به، فباعه واشترى مثله: أن الوصية لا

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥١٣/٨، وتهذيب المدونة: ١٧٤/١.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٣٠١/١، وإرشاد السالك: ٢١٢/١.

(٣) انظر: الاستذكار: ٢٦١/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٢/٢.

(٤) انظر: الثمر الداني: ٥٣٧/١، والفواكه الدواني: ٧٤/١.

(٥) انظر: القوانين الفقهية: ٢٦٧/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٢٤/٢.

تعود فيه[١].

واختلف إذا لم يعين، ولكن وصفه بصفة، ثم هلك، أو باعه واستخدث مثله في صفته.

فقال ابن القاسم: تبطل الوصية، ورَوَى هو وأشهب عن مالك فيمن قالت: ثوبي الخز لفلانة، فذهب ثوبها، وأخلفت مثله: أنه لا شيء للموصَى لها فيه[٢].

وقال أشهب فيمن أَوْصَى برقيقه، وسَمَّاهم، ووصف سلاحه وثيابه بصفة ذلك بعينه، ثم استهلك بعض ذلك، واستعاد مثله، ثم هلك، قال: فلا يكون ذلك للموصَى له، إلا أن يوافقه في الاسم، مثل أن يقول: عبدي نجيح النوبي، وقميصي المروي لزيد، وسيفي الهندي في السبيل، أن الوصية تقع في الثاني الذي هو مثل الأول في الاسم والصفة[٣].

أشهب: وإذا أَوْصَى فقال: غلامي نجيح الصقلي حُرٌّ، فباعه واشترى من اسمه نجيح، وهو نوبي، فلا وصية له فيه حتى يوافقه في الاسم والجنس.

ولو قال: غلامي نجيح حر، ولم يصفه، واشترى من اسمه مبارك، فسماه نجيحًا، لعتق. ولوقال: غلامي نجيح حر، فسماه مباركًا، لم تزل الوصية عنه؛ لأنه عبد بعينه.

وقاله أشهب، وهذا الخلاف الذي وقفت عليه في هذه المسألة. انتهى[٤].

صاحب " البيان": وإن عين الموصَى به بالإشارة، مثل أن يقول: إن مت فهذا العبد لفلان، ثم هلك العبد، واستبدل غيره، فلا خلاف أنه يتعين، ولا تنتقل الوصية إلى بدله، وإما إن تعين بالإضافة، كقوله: عبدي لفلان، ولا عبد غيره، أو درعي، أو سيفي، فثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يتعين، ولا تنتقل الوصية إلى غيره.

الثاني: عكسه، وأجراهما على الخلاف فيمن حلف ألا يستخدم عبد فلان، فاستخدمه بعد أن أعتق، أو بعد أن خرج عن ملكه.

والثالث: رواه أشهب بالفرق[٥].

---

(١) انظر: المدونة: ٣٢٢/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٦٦/١٩.

(٢) انظر: المدونة: ٣٥٧/٤، وحاشية الصاوي: ٤٩٣/١٠.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٥/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٤/٢٤.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٠/٢، ومنح الجليل: ٤٦٧/٢٠.

(٥) انظر: الاستذكار: ٢٦١/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٢/٢.

فتعود الوصية في بدل السيف والدرع، ولا تعود في العبد، قال: ولا فرق في القياس.

(خ): وفي "فرائض الحُوفي": إذا أَوْصَى بشيء معين، ثم باعه، ثم اشتراه، ثم مات وهو في ملكه؛ فإن الوصية تبطل فيه[١].

فهذا قولٌ ببطلان الوصية، وبه يصح القولان اللذان ذكرهما المصنف.

(ص): **(ولو دَرَسَ القمحَ، وكَالَهُ، وأدخله بيته، فرجوعٌ، بخلاف الحصاد، وجَزِّ الصوف، وجذاذ الثمرة)**

(ش)، يعني: إن أَوْصَى بزرع، فحصده ودرسه وكاله وأدخله بيته، فذلك رجوع؛ لأنه يبطل اسم الموصَى به؛ لأنه أبطل اسم الزرع، ونقله إلى اسم القمح، بخلاف جز الصوف، وجذاذ الثمرة، فإنه لم ينقل الملك، ولم يبطل الاسم، فلا يُعَدُّ رُجُوعًا، ولو أدخلها لِبَيْتِهِ[٢].

ومسألة درس القمح: هو نص قول ابن القاسم في "الجموعة".

وقال الباجي: ينتقل بالحصاد والدراس. قال: قوله: (أدخله بيته) تأكيد لمقصده.

قال: وكذلك قوله: (واكتاله)، وإنما يريد بلغ حد الاكتيال[٣].

(ص): **(ولو جَصَّصَ الدارَ، وصَبَغَ الثَّوْبَ، ولَتَّ السَّوِيقَ، فللموصَى له بزيادته، وقال أصبغ: الورثة شركاء بما زاد)**

(ش): الجوهري: الجِصُّ والجَصُّ: ما يُبْنَى به، وهو مُعَرَّب، ولَتَّ بالتاء المثناة. والقول بأن ذلك جميعه للمُوصَى له لابن القاسم، وأشهب، ورأيا أنه لما اتفق على أن تلك الصنعة ليست برجوع؛ لِبَقَاءِ الاسم، وما أُضيف إليه تابع، وَجَبَ أن يكون الجميع للموصَى له[٤].

ورأى أصبغ: أن الأصل بقاء الزيادة على ملك الموصِي، فلا تخرج إلا بدليل.

وظاهر قول المصنف: (بما زاد به) لو لم يكن للصنعة زيادة أنه لا يكون

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥١٤، وتهذيب المدونة: ١/١٧٥.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠١، وإرشاد السالك: ١/٢١٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٨٨، والتلقين: ٢/٢١٩.

(٤) انظر: الثمر الداني: ١/٥٣٧، والفواكه الدواني: ١/٧٤.

للورثة شيء[١].

وهو خلاف ما نقله الباجي، وابن يونس، عن أصبغ: أنه يكون شريكًا بقيمة تلك الصنعة، إلا أن يُقَال: إن مراد المصنف (بما زاد): الموصِي، لا زاد الصنع.

(ص): **(ولو أَوْصَى بشيء في مرضه، أو عند سفره، وقال: إن مِتُّ في مرضي، أو في سفري هذا، وأشهد، فبرئ، أو قَدِمَ؛ بَطَلَتْ)**

(ش): ذكر هذه في مسائل الرجوع المناسبتها لذلك؛ لأن كلامه يفهم منه الرجوع إن لم يمت من ذلك المرض والسفر، وقوله: (**وأشهد**)، أي: من غير كتاب[٢].

لأنه سيذكر الكتاب، فلا خلاف أنها تبطل إن برئ من مرضه ذلك، أو سفره ذلك، ولا خلاف أنها تصح إن حصل الموت فيهما[٣].

واحترز بقوله: (في مرضه) مما لو أَوْصَى في صحته، فقال: (متى مت، أو إن مت)، وأشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب، أقره عند نفسه، أو وضعه عند غيره، فإن وصيته تنفذ على كل حال. قاله في "البيان"[٤].

(ص): **(وكذلك لو كان بكتاب ولم يُخرجه، أو أخرجه، ثم استرده بعد بُرْئِهِ، أو قُدُومه؛ فإن لم يسترده، لم تَبْطُل)**

(ش): الإشارة عائدة إلى مسألة الإشهاد بدون كتاب، أي: وكذلك تبطل وصيته إذا قال: إن مِتُّ من مرضي، أو سفري، وكتب وصيته في كتاب ولم يخرجه، ومات من غير ذلك السفر أو المرض، وظاهره أشهد في الكتاب، أم لا[٥].

فأما إن أشهد، ولم يخرجها، فحكى الباجي وغيره أن قول مالك اختلف في ذلك، فمرة قال مثل ما ذكره المصنف: لا ينفذ إلا أن يموت من ذلك المرض، أو السفر، وهو اختيار ابن القاسم، وابن عبد الحكم، وسحنون، وهو القياس عند أشهب؛ لِمَا يقتضيه ظاهر اللفظ من التقييد. ومرة قال: ينفذ، وإن مات في غير ذلك المرض، أو السفر، وهذا هو الاستحسان عند أشهب؛ لِمَا عُلِمَ أنه ليس من قصده تخصيص ذلك بالمرض

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٦٧، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٢٤.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٥٧، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٩٣.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٢٢، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٦٦.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٢٥، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٤٤.

(٥) انظر: الاستذكار: ٧/٢٦١، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥١٢.

والسفر، ألا ترى أن لو بغته الموت قبل أن يسافر أن وصيته نافذة[١].

وذكر الباجي أن هذا الثاني هو مشهور قول مالك من رواية ابن القاسم وغيره.

قال غير واحد، والقولان من "المدونة"، ولأشهب قول ثالث بالفرق: إن مات في مرض آخر، أو في سفر آخر، صَحَّتْ، وإن مات في غير مرض ولا سفر، لم يصح. ورواه أشهب، وابن القاسم، وابن نافع، عن مالك، واستبعده ابن رشد[٢].

وأما إن كتب، ولم يشهد، ولم يخرجها من يده؛ ففي "المجموعة"، و"العُتْبِيَّة": في الميت توجد وصية في بيته بخطه، ويَشهد عدلان أنه خطه، فلا يجوز ذلك حتى يشهدهم عليها، وقد يكتب ولا يعزم[٣].

وتأولها عياض، وقال: معناه: إذا كتبها ليشهد فيها، وأما إن كتبها بخطه، وقال: إذا مت فلينفذ ما كتبته بخطي، فلينفذ ذلك إذا عُرِفَ أنه خطه، كما لو أشهد.

وأما إن أخرجه، فصورتان[٤]:

الأولَى: أن لا يسترده بعد بُرْئِهِ، أو قدومه؛ فلا تبطل بالاتفاق.

والثانية: أن يسترده، فتبطل بالاتفاق، نقلها عياض[٥].

(ص): **(وتَصِحُّ أيضًا إذا قال: متى حدث لي الموت، ولم يَقُلْ: من مرضي، أو سفري)**

(ش): لما كانت الوصية على ضربين: مُقَيَّدَةٍ، ومُطْلَقَةٍ.

وقَدَّمَ الكلام على المقيدة، وتكلم على المطلقة، يعني: وإذا أطلق الوصية، فقال: متى حدث بي الموت، أو إن مت، وإذا مت، أو متى مت، فإنها ماضية وظاهرة، سواء كتبها في كتاب أم لا، استرجعها أم لا[٦].

أما إن لم يكتبها، فقال غير واحد: إنها نافذة أبدًا لا ينقضها إلا تغييرها، قالها في صحته أو في مرضه، وإن كانت في كتاب وأشهد فيه ماضية بالاتفاق، سواء أقرها عنده

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٠، ومنح الجليل: ٢٠/٤٦٧.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠١، وإرشاد السالك: ١/٢١٢.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥١٤، وتهذيب المدونة: ١/١٧٥.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٢، وإرشاد السالك: ١/٢١٣.

(٥) انظر: الاستذكار: ٧/٢٦٢، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥١٣.

(٦) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٦٨، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٢٥.

إلى الموت، أو جعلها على يد غيره حتى مات، وأما إن قبضها مِنْ يَد مَنْ جعلها على يديه، سواء قبضها في الصحة أو في المرض، فحكى صاحب " المقدمات": الاتفاق على بطلانها[١].

وذكر عياض: أن ابن شَبْلُون وغيره تأول الكتاب على ذلك، وأن ظاهر تأويل أبي محمد أنه إنما يضر استرجاع المقيدة لا المبهمة، وأن أبا عمران تردد في ذلك، فيكون كلام المصنف باقيًا على إطلاقه على تأويل أبي محمد، ويقيد بما إذا لم يسترجعها على تأويل ابن شبلون[٢].

(ص): **(وأما ما يَبْطُل به اسم الموصَى به، كنسج الغزل، وصياغة الفضة، وحشو القطن، وتفصيل الثوب، وذبح الشاة، فرُجُوعٌ)**

(ش): هذا إشارة منه إلى أن الرجوع يكون بأحد وجهين[٣]:

أحدهما: ما ينقل الملك، أو يمنع من نقله، كالبيع، والعتق، والاستيلاد.

ثانيهما: أن يفعل فعلا يبطل اسم الموصَى به، وكان ينبغي أن يذكر مسألة درس القمح في هذا القسم، ولَمَّا فرغ من الأول تَكَلَّمَ عن الثاني، ونص ابن القاسم وأشهب على مسألة الغزل.

أشهب: لأنه يقع عليه الاسم الذي أَوْصَى به.

(خ): وينبغي أن يقيد حشو القطن إذا حُشِيَ في الثياب، وأما إذا حُشِيَ في المخدة ونحوها؛ فلا.

(ع): وما ذكره المصنف صحيح، إلا في مسألة الثوب، فإن لفظ الثوب لا يتغير بالتفصيل[٤].

ابن القاسم: وإذا قال: ثوبي لزيد، ثم قطعه، أو لبسه في مرضه؛ فليس برجوع، وهو للموصَى له، قال: ولو أَوْصَى له بشُقَّة، ثم قطعها قميصًا وسراويل، كان رجوعًا.

الباجي: فاتفق ابن القاسم وأشهب على مراعاة الاسم الذي أَوْصَى به.

ولذلك نص أشهب على البطلان إذا أَوْصَى له بقميص، ثم قطعه قباء، أو جبة، أو

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤٨٩/١٢، والتلقين: ٢٢٠/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٥٣٨/١، والفواكه الدواني: ٧٦/١.

(٣) انظر: المدونة: ٣٢٣/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٦٧/١٩.

(٤) انظر: المدونة: ٣٥٨/٤، وحاشية الصاوي: ٤٩٤/١٠.

بطانة، ثم بطن بها ثوبًا أو بظهارة، ثم ظهر بها ثوبًا[(١)].

وقد يُجَابُ عما أورده (ع): بأن ما ذكره المصنف أحد الأقوال.

فقد قال صاحب " البيان": وأما الثوب يُوصِي به، ثم يقطعه فيخيطه، فيتحصل فيه ثلاثة أقوال[(٢)]:

أحدها: أن الوصية تبطل، والثاني: أنها لا تبطل، والثالث: إن قال: شُقَّتِي أو ملحفتي لفلان، فيقطع ذلك قميصًا أو سراويل؛ بَطُلَتِ الوصية، وإن قال: ثوبي، ثم يقطعه كذلك فلا تبطل؛ لأن الشُّقَّة والملحفة قد انتقل اسمهما بما أحدث فيهما؛ إذ لا يُسَمَّى القميص ولا السراويل شقة ولا ملحفة، بخلاف الثوب؛ لأن القميص والسراويل يُسَمَّى كل منهما ثوبًا[(٣)]. قال: وإذا لم تبطل، فيُختلف هل يكون له الثوب مخيطًا، أو يكون مع الورثة شريكًا[(٤)].

(ص): (وفي بناء العَرْصَة قولان: الرجوع، والشركة)

(ش)، أي: إذا أَوْصَى بعرصة، ثم بناها دارًا أو نحوها، فقال أشهب في "المجموعة": ذلك رجوع. وقال ابن القاسم في "العُتْبِيَّة": ليس برجوع، ويكونان شريكين بقيمة البناء من العرصة، والأول أظهر؛ لانتقال الاسم[(٥)].

(ص): (وفي نقض العَرْصَةِ قولان)

(ش)، يعني: إذا أَوْصَى له بدار، ثم نقضها وصارت عرصة، فهل يعد ذلك رجوعًا، أو لا؛ قولان:

وعلى هذا فـ (نَقْض) مصدر بفتح النون، والقول بأن ذلك ليس برجوع لأشهب؛ لأنه أَوْصَى له بعرصة وبناء، فأزال البناء، وأبقى العرصة.

الباجي: وهذا من أشهب رجوع في تعلقه بالأسماء.

وفي "العتبية" قول آخر: أنه رجوع، ويحتمل أن تكون النون من قوله: (نقض) مضمومة، أي: ما يُنقض.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٦/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٥/٢٤.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢٩١/٢، ومنح الجليل: ٤٦٨/٢٠.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٢/١، وإرشاد السالك: ٢١٣/١.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥١٥/٨، وتهذيب المدونة: ١٧٦/١.

(٥) انظر: التاج والإكليل: ٤٨٩/١٢، والتلقين: ٢٢٠/٢.

ويكون إنما ذكر الخلاف في النقض، وأما العرصة فهي للمُوصَى له، والمعنى صحيح، فإن أشهب قال: لا وصية له في النقض[١].

ورَوَى ابن عبدوس: أن النقض للمُوصَى له.

وحمل ابن رشد في هذه المسألة والتي قبلها ثلاثة أقوال:

الأول لسحنون: تُنَفَّذُ الوصية فيهما[٢].

الثاني لغيره في "العُتْبِيَّة": تبطل فيهما.

الثالث لأشهب: بالتفرقة[٣].

قال: ويختلف على القول بأن الوصية بالعرصة لا تبطل ببنائها، هل تكون للمُوصَى له، أو يكون شريكًا مع الورثة.

فإذا قلنا: الهدم ليس برجوع، فقال أشهب: لا وصية في النقض.

وقال ابن القاسم: النقض للمُوصَى له.

(ص): **(ولو أَوْصَى بشيء لزيد، ثم أَوْصَى به لعمرو، فليس برجوع، ويشتركان)**

(ش): نحوه في "المدونة" وغيرها، ابن المواز: كان ذلك في كتاب، أو كتابين، إلا أن يقوم دليل على رجوعه بلفظ أو بمعنى.

قال في "المدونة": ولو قال: العبدُ الذي أوصيتُ به لفلان، هو لفلان، كان رجوعًا، وكان جميعه للآخر[٤].

محمد: ولو قال: بِيعُوه من فلان، كان رجوعًا، اشتراه، أو لم يشتره، قال: وكذلك لو قال: بيعوه، ولم يَقُلْ: من فلان سَمَّى ثَمَنًا، أو لم يُسَمِّه[٥].

ولو أَوْصَى بعبده لفلان، وللعتق في كتاب أو كتابين، عمل بالأخيرة عتقًا أو غيره، قاله في "المدونة"، وقال أشهب: العِتْقُ أَوْلَى، تَقَدَّمَ، أو تَأَخَّرَ[٦].

سحنون: وإن أَوْصَى أن تُبَاعَ دارُهُ من فلان بمائة، ثم أَوْصَى أن تُبَاعَ من آخر

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٥٣٨/١، والفواكه الدواني: ٧٦/١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ٢٦٨/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٢٥/٢.

(٣) انظر: المدونة: ٣٥٨/٤، وحاشية الصاوي: ٤٩٤/١٠.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٦/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٥/٢٤.

(٥) انظر: كفاية الطالب: ٢٩١/٢، ومنح الجليل: ٤٦٨/٢٠.

(٦) انظر: مواهب الجليل: ٥١٥/٨، وتهذيب المدونة: ١٧٦/١.

بخمسين، فإن حملها الثلث، بِيعَ نصفها من هذا بخمسين، ومن هذا بخمسة وعشرون، وإلا خُيِّرَ الورثة، فإما أجازوا، أو تبرءوا من ثلث الميت في الدار، فيكون بينهما نِصْفَيْنِ.

(ص): **(ولو أَوْصَى لواحد بوصية بعد أُخْرَى من صنفٍ واحدٍ، وإحداهما أكثر من الأُخْرَى، فأكثر الوصيتين، وقيل: الوَصِيَّتَان، وقيل: إن كانت الثانية أكثرهما أخذها فقط، وإن كانت أقل أخذهما، وأما من صنفين فالوصيتان)**

(ش)، يعني: إذا أَوْصَى لرجل واحد بوصية بعد أُخْرَى، فإما أن يكونا من صنفٍ أو من صنفين، فإن كانَا من صنفين فله الوصيتان، سواء كانَا من جنسين، أو من جنس واحد، فقد نَصَّ ابن القاسم: على أنه لو أَوْصَى له بصَيْحَانِي وبَرْنِي أن له الوصيتين[1].

محمد: وكذلك القمح، والشعير، والدراهم، والسنابل[2].

الباجي: ولا خلاف أن الدراهم من سكة واحدة متماثلة، وكذلك الأفراس والإبل والعبيد، وأما الدنانير مع الدراهم فَرَوَى ابن الماجشون، عن مالك: أنهما صنف كالزكاة.

وقال ابن القاسم وأصبغ: بل هما صنفان، ويلحق بالصنفين ما إذا كانا معينين، كقوله: عبدي مرزوق لفلان، ثم قال: في تلك الوصية، أو غيرها، وعبدي ناصح له.

قال أشهب: إن كان معينًا، أو غير معين، فقال له: عبدي فلان، ثم قال: عَبْدٌ من عبيدي، فله الوصيتان جميعًا.

اللخمي: وهو صواب إذا كان بكتاب واحد، أو نسقهما في كلامه بغير كتاب، فإن لم يكن نسقًا، ففيها نَظَرٌ، وإن هو قدم النكرة، ثم عين أيضًا، ففيه إشكال، هل أراد تعيين ما أبهم، أو وصية ثانية[3].

وإن كانا من صنف واحد، فحكى اللخمي وغيره ثلاثة أقوال[4]:

الأول، لمالك وابن القاسم في "المدونة": أن له أكثر الوصيتين، تَقَدَّمَتْ، أو تَأَخَّرَتْ.

والثاني، رواه علي بن زياد، عن مالك: إن تَأَخَّرَ الأكثر، فهو له فقط، وإن تقدم فله

(١) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٢/١، وإرشاد السالك: ٢١٣/١.
(٢) انظر: الاستذكار: ٢٦٢/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٣/٢.
(٣) انظر: التاج والإكليل: ٤٨٩/١٢، والتلقين: ٢٢٠/٢.
(٤) انظر: الثمر الداني: ٥٣٨/١، والفواكه الدواني: ٧٦/١.

الوصيتان، ونقله ابن زرقون، عن مطرف[١].

والثالث: إن كانا في كتابين، فله الأكثر، تقدم أو تأخر، وإن كانا في كتاب فقدم الأكثر فهما له، وإن أخره فهو له فقط، وعزاه اللخمي لمطرف، والقول الثالث في كلام المصنف: هو رواية علي بن زياد.

ونقل ابن زرقون، عن ابن الماجشون: أن الأكثر إذا كانا في كتابين، وإن كانَا في كتاب واحد، فله الوصيتان جميعًا[٢].

وإن كانت الثانية أكثر بمنزلة إذا عطف، فقال: لفلان عشرة، ولفلان عشرون، ولو قال: لفلان عشرة، ولفلان عشرون، كان له الأكثر، قال: وإن كانَتَا في كتابٍ واحدٍ بينهما وصايا، فكَرِوَاية علي من الفرق بين أن يبدأ بالأقل، أو بالأكثر.

وتبع المصنف في القول الثاني أن له الوَصيتين جميعًا؛ ابن شاس: وعزاه ابن شاس لمالك من رواية مطرف، وابن الماجشون، وعلي بن زياد، وفيه نَظَرٌ؛ لأن الذي نقله اللخمي وغيره، عن علي بن زياد بالفرق، والذي نقله ابن أبي زيد وغيره من رواية مطرف بالفرق بين الكتاب الواحد والكتابين، كما ذكر اللخمي، عن مطرف، ولم أَقِفْ على القول بأن: له الوصيتين مُطْلَقًا، ولكل قول وجه لا يخفى[٣].

الباجي: وعلى حسب هذا تجري الوصيتان في الذهب، والفضة، والعروض، والحيوان، والثياب، وغير ذلك، ما لم يكن في شيء معين، قاله أشهب في "المجوعة"، وابن القاسم، عن مالك، ورَوَى ابن حبيب، عن مطرف، وابن الماجشون، عن مالك: أن ذلك في المكيل الموزون، وأما العروض فله الوصيتان، تفاضل ذلك، أو تساوى، كانَتَا في كتاب أو كتابين[٤].

ابن زرقون: وقال ابن الماجشون: إن أَوْصَى بعرضين مختلفين، فإن كانا في وصية واحدة، كانا له، وإن كانا في وصيتين، كان له الأكثر من قيمتها.

وقول المصنف: (وإحدهما أكثر) يخرج ما إذا كانتا متساويتين، وذكر الباجي في

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٦٨، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٢٥.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٢٦، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٤٥.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٢٣، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٦٧.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٥٨، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٩٤.

المتساويتين قولين: مثل أن يوصي له بعشرة، ثم يوصي له بعشرة[1]:

الأول، لمالك وأصحابه: له العددان جميعًا، وحكى في "المعونة": أن له إحداهما؛ لجواز تأكيد الأولَى بالثانية، وهذا ينحو إلى قول أشهب فيمن أَوْصَى لرجل بثلثه، ثم أَوْصَى له بثلثه.

ابن زرقون: انظر قوله هذا قول مالك وأصحابه، وفي "الموازية" عن مالك من رواية ابن القاسم: أن له أحدهما، مثل قول عبد الوهاب.

فرع

وإذا أَوْصَى له بجزء وعدد، كما لو أَوْصَى له بالثلث، ثم بدنانير على ثلاثة أقوال:

الأول: أن له الأكثر، وبه يحاص، كان ماله عينًا أو عرضًا، وهو ظاهر مذهب ابن القاسم.

والثاني: أنهما له، ويحاص بهما من غير تفصيل، وهو مذهب أشهب.

والثالث: إن كان ماله عينًا، وأَوْصَى له بعين، ضرب بالأكثر، وإن كان ماله عرضًا، وأَوْصَى له بعرض، ضرب بهما، وهو قول سحنون، وأصبغ، قاله ابن زرقون.

(ص): **(المُوصَى له: من يَصِحُّ تملكه، فتصح للحمل الثابت، ولحمل سيكون)**

(ش): الركن الثاني: المُوصَى له: من يُتَصَوَّرُ منه قبول أن يملك، فلذلك صحت الوصية لحمل سيكون؛ لأنه يقبل أن يملك[2].

(ص): **(فإن لم يَسْتَهِلَّ بَطُلَتْ)**

(ش)، يعني: أن استحقاق الحمل المُوصَى له مشروط باستهلاله صارخًا، وهكذا قال في "المدونة"[3].

(ص): **(ولو تَعَدَّدَ وزُرِّعَ عليه)**

(ش)، أي: قال: تعدد الحمل بأن وضعت توأمين أو أكثر، وزع المُوصَى به عليهما بسبب صدق الحمل عليهما، والذكر والأنثى في ذلك سواء[4].

(ص): **(وتصح للعبد، ولا يحتاج إلى إذن السيد في القبول)**

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩١، ومنح الجليل: ٢٠/٤٦٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥١٥، وتهذيب المدونة: ١/١٧٦.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٥٨، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٩٤.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٢٤، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٦٨.

(ش): قد قَدَّمَ المصنف هذا في الحجر، حيث قال: وله أن يتصرف في الوصية له والهبة ونحوها، ويقبلها بإذنه، وبغير إذنه، وكذلك غير المأذون، وللسيد أن ينتزع ما أخذه العبد إلا أن يعلم أن المُوصِي قصد بذلك التوسعة على العبد، وأن لا يتصرف فيها سيده، فينبغي أن يعمل قصد المُوصِي، كما تقدم في الوصية للمحجور، وإليه أشار اللخمي.

(ص): **(ولو كان عبد وارث، لم يصح إلا بالتافه، كالدينار)**

(ش)، أي: فإن كان المُوصَى له عبد وارث، لم يصح إلا بالتافه، وبقى عليه قيد آخر، وهو أن يريد به ناحية العبد، ففيها: ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه إلا بالتافه، كالثوب ونحوه، مما يريد به ناحية العبد، لا نفع سيده، كعبد كان أخدمه ونحوه، ومَثَّلَ ابن القاسم وأشهب: اليسير بالدينار، كما ذكر المصنف[1].

قال: وأما الشيء الكثير، فهو مردود، إلا أن يكون على العبد دَين يغترق وصيته، أو يبقى منها ما لا يتهم فيه، فذلك جائز[2].

بعض القرويين: وفيه نَظَرٌ؛ لأن زوال الدَّيْنِ عليه يزيد في قيمته، فيكون الوارث قد انتفع، إلا أن يكون الدَّيْن عليه، وهو مأذون له لا ينقص من ثمنه كثيرًا، وزواله عنه لا يزيد في ثمنه كثيرًا، فيصح ويصير كأنه أَوْصَى له بشيء يسير[3].

أشهب: وتجوز الوصية لمكاتب الوارث بالتافه، وأما الكثير فتجوز، بشرط ملك العبد، وقدرته على أداء الكتابة[4].

وقال اللخمي: أرى أن تجوز، وإن كان الأداء أفضل؛ لأن القصد بهذه الوصية خروج المكاتب من الرق، قال: وقد اختُلِفَ فيمن زوج ابنته في مرضه، وضمن الصداق، فقيل: هي وصية للزوج، وإن كانت المنفعة تصير للابنة، وقيل: لا يجوز الضمان، والأول أحسن[5].

وقول المصنف: (عبد وارث) مقيد بما إذا تعدد الوارث، ولو كان واحدًا لَصَحَّ.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٣/١، وإرشاد السالك: ٢١٤/١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ٢٦٩/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٢٦/٢.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٥٣٩/١، والفواكه الدواني: ٧٧/١.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥١٦/٨، وتهذيب المدونة: ١٧٧/١.

(٥) انظر: الاستذكار: ٢٦٣/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٤/٢.

قال في "المدونة": وإن أَوْصَى لعبد ابنه ولا وارث له غيره، جاز.

اللخمي: وحيث أجزت الوصية لعبد المُوصِي، أو لعبد وارثه، لم يكن لسيد العبد أن ينتزعها.

ابن القاسم: ولو انتزعها، لكانت وصية الميت غير نافذة، وإن باعه الورثة باعوه بماله، وكان للمشتري انتزاعه.

وقال أشهب: يقر ذلك بيد العبد حتى ينتفع به ويطول زمن ذلك، ولا ينتزعوه إن باعوه قبل أن يطول[1].

(ص): (ومن أَوْصَى لعبده بثلث ماله، فقال ابن القاسم: إن كان يحمل رقبته، عتق كله وأخذ الباقي، وإلا قُوِّمَ بقيته في ماله. وقال ابن وهب: لا يُقَوَّمُ في ماله، وقال المغيرة: يعتق ثلثه فيها، ويأخذ الباقي)

(ش)، يعني: وإن أَوْصَى لعبد بجزء من ماله، وذكر الثلث على جهة المثال، فاتفق أَوَّلا على أنه يعتق ثلثه؛ لكونه مَلَّكَهُ من نفسه، ثم اختلف، فقال المغيرة: لا يزاد على الثلث فيهما، أي: في الصورتين، وهما إذا حمل ثلث المال بقيته، أو لم يحمله وهو ظاهر، ووجهه: أنه لما ملك ثلثه، عتق عليه جبرًا، فلذلك لم يُكَمَّل في ماله، كما لو ورثه بعض قريبه، ولم يُكَمَّل في مال الميت؛ إذ لا تكميل على ميت[2].

وقوله: (ويأخذ الباقي)، أي: باقي الثلث[3].

وقال ابن القاسم، وابن وهب: بل يكمل العتق، ثم اختلفَا فيما يكمل، ولنذكر مثالا ليتضح لك ما قالاه:

فإذا كان العبد يساوي مائة، وله مال مائة أيضًا، وخَلَّفَ السيد مائة، فاتفق ابن القاسم وابن وهب على أنه يعتق منه الثُّلُثان، ثم اختلفَا؛ فابن القاسم يعتقه كله؛ لأنه يقومه في ماله، وابن وهب لا يقول بذلك، فلا يعتق منه إلا الثُّلُثان، وعلى قول المغيرة يعتق ثلثه فقط، ويأخذ من ماله ستة وستين وثُلُثين[4].

(ص): (وتصح الوصية للمسجد، والقنطرة، وشبهها؛ لأنه بمعنى: الصَّرف في

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٢، ومنح الجليل: ٢٠/٤٦٩.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٩٠، والتلقين: ٢/٢٢١.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٥٩، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٩٥.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٢٧، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٤٦.

مصالحها)

(ش): لَمَّا قدم أن المُوصَى له من يصح تملكه، وكانت القنطرة وشبهها لا يصح تملكها، أشار إلى الاعتذار عنها، فقال: إن الوصية لها ليس على معنى التملك، وإنما هو على معنى: الصرف في مصالحها، فاللام الداخلة على المسجد هي التي يقول الفقهاء: أنها لِبَيَانِ المصرف، وليست لام الملك، والمال المُوصَى به يزل على ملك ربه.

(ص): **(وتصح الوصية لميت عَلِمَ المُوصِي بموته، فيُصرف في دَيْنِه، أو كفاراته، أو زكواته، وإلا فلورثته)**

(ش)، هذا: أيضًا من معنى ما قبله؛ لأن الميت لا يصح تملكه، واحترز بقوله: (علم المُوصِي بموته) مما لو لم يعلم، فإن الوصية تبطل[1]؛ لأن الميت لا يصح تملكه، صَرَّحَ بذلك في "المدونة"، وإن علم بموته فالمشهور نفوذ الوصية، وفي "مختصر ابن عبد الحكم " بطلانها، ولا يبعد أن يتخرج هذا القول في التي قبلها، وعلى المشهور فتكون لورثته، وتُصرف في دَيْنِه[2].

وتبع المصنف في قوله: (وكفاراته وزكواته) ابن شاس[3].

واعترض (ع) عليهما: بأن المذهب أن الكفارات والزكوات المفرط فيهما لا يجب إخراجهما من ثلثه، إلا أن يُوصِي بهما، والمُوصَى له لم يُذْكَر أنه أَوْصَى بهما، ويمكن أن يُجَابَ بأنهما أطلقا إحالة على ما عُرِفَ في المذهب: أنهما لا تكون في الثلث، إلا إذا أَوْصَى بها، وفيه بُعْد.

وقوله: (وإلا فلورثته)، أي: وإن لم يكن عليه دَيْنٌ، فلورثته، ولا يصح أن يريد: وإن لم يعلم؛ لأن الوصية هناك تبطل[4].

(ص): **(وتصح للذمي)**

(ش): لأنه ممن يصح تملكه، واختلف قول مالك في كراهة الإيصاء له، والذي أخذ به ابن القاسم الجواز، إذا كان على وجه الصلة، كما لو كان أبوه نصرانيًّا.

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٦٩، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٢٦.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٣، وإرشاد السالك: ١/٢١٤.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٢٤، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٦٨.

(٤) انظر: الثمر الداني: ١/٥٣٩، والفواكه الدواني: ١/٧٧.

قال في "البيان": وأجاز أشهب ذلك في القرابة والأجنبيين من غير كراهة، ومعنى ذلك في الأجنبيين: إذا كان لهم حق من جوار، أو يد سلفت لهم، وأما إن لم يكن لذلك سبب، فالوصية لهم محظورة؛ إذ لا يُوصَى للكافر من غير سبب ويُتْرَكُ المسلم، إلا مسلم سوء مريض الإيمان.

وتقييده بالذمي يحتمل أن يكون له مفهوم؛ ليخرج الحربي، فلا تصح الوصية له.

وهو قول أصبغ: أنها تجوز للذمي، ولا تجوز للحربي؛ لأن ذلك قوة له على حربهم، ويرجع ذلك ميراثًا.

وكذلك من أَوْصَى بما لا يحل ونحوه[1].

في "المجموعة": فيمن أَوْصَى لبعض أهل الحرب، وقال: فإن أُجيز ذلك، وإلا فهو في السبيل، لم يجز في سبيل ولا غيره، ويورث[2].

الباجي: وهو يدل على عدم الجواز.

ويحتمل أن لا يكون له مفهوم؛ لمساواة المسكوت عنه المنطوق، وهو قول عبد الوهاب في "الإشراف"[3]، قال: تجوز الوصية للمشركين: أهل حرب، أو أهل ذمة.

وقال القاضي أبو الحسن: يكره للحربي، فإن كانت الكراهة على بابها، ففي المسألة ثلاثة أقوال.

(ص): **(وللقاتل إن عَلِمَ المُوصِي بالسبب، فإن لم يعلم فقولان)**

(ش)، يعني: وتصح للقاتل إذا عَلِمَ المُوصِي بسبب القتل، كما لو ضربه ضربًا أَدَّى إلى قتله، وعلم أنه هو الذي ضربه، جازت وصيته له[4].

فقوله: (بالسبب) هو على حذف مضاف، أي: بذي السبب، أو على حذف معطوف، أي: بالسبب وصاحبه، وليس المراد تعلق العلم بنفس السبب، ثم إن كان الضرب خطأ فالوصية في المال والدية، وإن كان عمدًا فهي في المال دون الدية؛ لعدم العلم بها، والوصية إنما تكون فيما علمه الميت.

ابن القاسم: ولو أنه أَوْصَى، فقال: إن قبل أولادي الدية، فوصيتي فيها، أو أَوْصَى

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥١٦، وتهذيب المدونة: ١/١٧٧.

(٢) انظر: الاستذكار: ٧/٢٦٣، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥١٤.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٣، وإرشاد السالك: ١/٢١٤.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥١٦، وتهذيب المدونة: ١/١٧٧.

بثلثها، لم يجز، ولا يدخل منها في ثلثه شيء؛ لأن ذلك عند الميت مال مجهول.

ابن يونس: ولو أنفذ مقاتله مثل أن يقطع نخاعه، أو مصرانه، وبقي حَيًّا يتكلم، فقبِلَ أولاده الدية وعلمها، لدخلت فيها وصاياه؛ لعلمه بها.

وقوله: (وإن يعلم فقولان) مفهوم "المدونة" البطلان.

وقال محمد: تصح؛ لأن الوصية بعد الضرب، فلا يتهم على الاستعجال.

وحمل اللخمي وغيره قوله على الخلاف، وعليه ينشأ كلام المصنف، وحمله ابن أبي زيد وغيره على الوفاق.

(ص): (**ولو قتله عمدًا بعد الوصية، بطلت**)

(ش): لأنه يتهم بالاستعجال، فمنع كالميراث، ولمراعاة التهمة.

قال أشهب: لو أَوْصَى لمعتوه أو صبي، فقتلا المُوصِي أن الوصية لهما نافذة؛ لعدم تهمتهما[1].

(ص): (**فإن قتله خطأ، فَمِن المال، لا مِنَ الدية**)

(ش)، أي: فالوصية من المال دون الدية[2].

مالك: كالميراث[3].

محمد: لأن الدية وديت عنه، وهو أيضًا يُودي فيها، فلا يودي عن نفسه النفسه.

وقيد هذا بعض القرويين، فقال: هذا إذا مات بالفور، وإن حيي وعرف ما هو فيه، دخلت الوصايا في ديته[4].

وقاله بعض الصقليين، وقال بعضهم: بل الحكم على إطلاقه.

واختُلِفَ أيضًا إذا لم يعلم، ففي "المُوَّازِيَّة": سواء علم، أو لم يعلم؛ يأخذ القاتل خطأ وصيته فيهما، وحمله أكثرهم على الوفاق.

"المدونة": لأن الدية قد علم أنها من حقه قبل الوصية، فصارت كمالٍ له.

وظاهر كلام آخرين حمله على الخلاف.

واختلف إذا كان المُوصَى له عبد القاتل خطأ، فقيل: تكون الوصية له في المال

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٩٠، والتلقين: ٢/٢٢١.

(٢) انظر: الاستذكار: ٧/٢٦٣، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥١٤.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٥٩، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٩٥.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٢، ومنح الجليل: ٢٠/٤٦٩.

والدية؛ لأن المُوصَى له ليست الدية عليه(١).

وقيل: هو كالأول، واعترض اللخمي تشبيه هذا بالإرث: فإن منع الميراث من الدية شرع، حتى لو أَوْصَى بأن يرث القاتل منها ما جاز، ولو أَوْصَى للقاتل غير الوارث أن يعطى ثُلُث الدية، جاز.

ونقض أيضًا تعليل محمد: بأنه يأخذ مما يودي بما لو أَوْصَى لغريمه بثلث ماله، فإن للغريم من الدَّين الذي عليه ثلثه(٢).

(ص): **(ولو علم ولم يغيرها، فكما لو أنشأها)**

(ش)، يعني: وإن كانت الوصية قبل القتل، وتراخي الموت على القتل، وعلم الميت بقاتله ولم يُغَيِّر الوصية، فذلك كما لو أنشأها بعد القتل، وقد تقدم.

وهذا قول محمد، ورأى أن سكوته عنها كالإجازة لها، وظاهره سواء كانت الوصية بكتاب أم لا(٣).

وهو ظاهر كلام ابن يونس، وحكى قولا آخَرَ: أنها بطلت بالقتل، كما قال في المدبر: إذا قتل سيده، وحيي عد ضربه، ثم مات، فإن تدبيره يبطل حتى يجدد له التدبير.

(ع): وكان هذا القول أظهر لما علم أن التدبير أقوى من الوصية، فإذا بطل ولم يكن السكوت موجبًا التجديد، فأحرى الوصية التي هي أضعف.

ابن يونس: وعلى الأول يكون سكوته كالمجيز، لِمَا تقدم من التدبير.

وفصل اللخمي في هذا، فذكر: أنها تبطل إذا لم يكن بكتاب، كما لو مات بالفور، وذكر الخلاف إذا كانت بكتاب(٤).

وإن أَوْصَى لمكاتب، فقتله سيد المكاتب، فإن كان ضعيفًا، وأداؤه خير لسيد، بطلت الوصية للتهمة، وإن كان قويًا على الأداء، وعجزه خير لسيده، فالوصية جائزة.

ولو كان القتل خطأ، جازت له من الثلث مُطْلَقًا، واستحسن أشهب هنا أن تكون له من ثلث عقله، قال: فإن أَوْصَى لعبد رجل، أو مدبره، أو معتقه لأجل، أو معتق بعضه،

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ٢٦٩/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٢٦/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٣/١، وإرشاد السالك: ٢١٤/١.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٧/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٦/٢٤.

(٤) انظر: الثمر الداني: ٥٣٩/١، والفواكه الدواني: ٧٧/١.

فقتل سيده المُوصِي عمدًا، فتلك الوصية باطلة، إلا أن يكون شيئًا تافهًا لا يتهم بالقتل على مثله، فتنفذ، ولو كان له الانتزاع يومًا ما، أو بيعه بذلك، فإن كان تافهًا فذلك في العمد والخطأ، وإن كان له بال بطلت في العمد، وجازت في الخطأ في ثلث المال، واستحسن أشهب هنا أن تكون في ثلث العقل.

ومن أَوْصَى لرجل، فقتله ابن المُوصَى له، أو أمه، أو أبوه، أو زوجته، أو عبد أحدهما، أو أم ولد المُوصَى له، فالوصية جائزة، قَتَلَهُ عمدًا أو خطأً[١].

ولو وهب لرجل هبة في مرضه، فقتله الموهوب له، جازت في ثلثه، قتله عمدًا أو خطأً، قبضها أو لا، عاش أو مات، ولم تكن وصية؛ لأن قتله أضر به؛ لأنه لو عاش كانت من رأس ماله.

ولو أقر له بدَيْنٍ في مرضه فقتله، ثَبَتَ الدَّين؛ لأن أم الولد إذا قتلت سيدها عمدًا، أُعتقت إن عَفَى عنها[٢].

ولو أقر لوارثه بدين، أو وهب له هبة بتلا، فقتله الوارث، فلا شيء له من ذلك، بخلاف الأجنبي.

(ص): **(وتصح لوارث، وتقف على إجازة الورثة، كزائد الثلث لغيره)**

(ش)، يعني: أن الوصية للأجنبي بالثلث فما دونه جائزة، فلا خيار للورثة، وإنما لهم الخيار فيما زاد بين أن يجيزوا الزائد، أو يردوه، وكذلك لهم الخيار في الوصية للوارث، والتشبيه في قوله: (كزائد الثلث)؛ لإفادة الحكم فيهما وإن قَلَّتْ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: **"إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث"**[٣].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥١٦/٨، وتهذيب المدونة: ١٧٧/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ٢٦٣/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٤/٢.

(٣) أخرجه الترمذي، رقم (٢١٢٠) وَفِي الْبَابِ عَنْ عَمْرِو بْنِ خَارِجَةَ، وَأَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، وَهُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي أُمَامَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ، وَرِوَايَةُ إِسْمَاعِيل بْنِ عَيَّاشٍ، عَنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ، وَأَهْلِ الْحِجَازِ لَيْس بِذَلِكَ فِيمَا تَفَرَّدَ بِهِ، لأَنَّهُ رَوَى عَنْهُمْ مَنَاكِيرَ وَرِوَايَتُهُ، عَنْ أَهْلِ الشَّامِ أَصَحُّ، هَكَذَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيل، قَال: سَمِعْتُ أَحْمَدَ بْنَ الْحَسَنِ، يَقُولُ: قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: إِسْمَاعِيل بْنُ عَيَّاشٍ أَصْلَحُ حَدِيثًا مِنْ بَقِيَّةَ، وَلِبَقِيَّةَ أَحَادِيثُ مَنَاكِيرُ عَنِ الثِّقَاتِ، وَسَمِعْت عَبْدَ اللهِ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، يَقُولُ: سَمِعْتُ زَكَرِيَّا بْنَ عَدِيٍّ، يَقُولُ: قَالَ أَبُو إِسْحَاق الْفَزَارِيُّ: خُذُوا عَنْ بَقِيَّةَ مَا حَدَّثَ عَنِ الثِّقَاتِ، وَلا تَأْخُذُوا عَنْ إِسْمَاعِيل بْنِ عَيَّاشٍ مَا حَدَّثَ عَنِ الثِّقَاتِ، وَلا عَنْ غَيْرِ الثِّقَاتِ. وبرقم (٢١٢١) وقال: سَمِعْت =

ورَوَى الدارقطني، عن ابن جريج، عن عطاء الخراساني، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تجوز الوصية للوارث إلا أن يشاء الورثة"[١].

لكن عطاء الخراساني لم يُدرك ابن عباس، وقد وصله يونس، فَرَوَاهُ عن عكرمة، عن ابن عباس[٢].

عبد الحق: المقطوع هو المشهور.

وقال أبو عمر: لا يصح عندهم مسند، وإنما هو من قول ابن عباس على أنه اختلف إذا زاد المُوصِي على الثلث بيسير. فقيل فيمن أَوْصَى بعتق عبده، إن حمله الثلث، فزادت قيمته على الثلث شيئًا يسيرًا: أنه يُعْتَقُ ولا يُتْبَعُ بشيء.

وقيل: يتبع بذلك القدر.

وقيل: يكون ذلك القدر رقيقًا.

وقيل: يرق جميعه لقول الميت إن وسعه الثلث.

(ص): **(وفي كونها بالإجازة تنفيذًا أو ابتداءً عطية منهم قولان)**

(ش): الضمير في (كونها) يحتمل أن يعود على الوصية للوارث، ويحتمل أن يعود على الوصية للوارث وغيره؛ لأن هذا الخلاف فيهما، ويبعد أن يعود على الوصية بزائد الثلث للأجنبي؛ لأن المصنف لم يذكر هذه إلا بطريق التشبيه، وهو مذهب "المدونة" في الوصية للوارث: أنها ابتداء عطية، ففيها إذا أَوْصَى الأب بأكثر من ثلثه، فأجاز الابن، وعليه دَيْنٌ، فقال ابن القاسم: للغرماء أن يَرُدُّوا ذلك، واستحسنه اللخمي[٣].

والقول الثاني: لابن القصار، وابن العطار، وهو الذي نقله القاضي أبو محمد والباجي عن المذهب.

وعلى الأول، فيكون فعل الميت على الرد حتى يجاز، وعلى الثاني: عكسه.

=

أَحْمَدَ بْنَ الْحَسَنِ، يَقُولُ: قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: لا أُبَالِي بِحَدِيثِ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ، قَالَ: وَسَأَلْتُ مُحَمَّدَ بْنَ إِسْمَاعِيلَ عَنْ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ، فَوَثَّقَهُ، وَقَالَ: إِنَّمَا يَتَكَلَّمُ فِيهِ ابْنُ عَوْنٍ، ثُمَّ رَوَى ابْنُ عَوْنٍ، عَنْ هِلالِ بْنِ أَبِي زَيْنَبَ، عَنْ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ، قَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ.

(١) انظر: سنن الدارقطني: رقم (٤١٠٤) و(٤٢٥١).

(٢) انظر: السنن الكبرى للبيهقي، ٢٦٣/٦، وقال فيه: قَالَهُ أَبُو دَاوُدَ السِّجِسْتَانِيُّ وَغَيْرُهُ، وَقَدْ رُوِيَ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ عَنْهُ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٠/١٢، والتلقين: ٢٢١/٢.

وعلى الأول، فلا يحسن أن يُقَالَ: إن الوصية تصح للوارث[1].

واختُلف إذا جاز الوارث ولا دَيْنَ عليه، فلم يقبل ذلك المُوصِي له حتى استدان الوارث، أو مات، فقيل: أن غرماء الولد، أو ورثته أحق بها؛ لأنها هبة منه، ولم تجز.

وقال أشهب: يبدأ بوصية الأب قبل دَيْنِ الابن، وبالجملة فعلى الأول يجري على أحكام الهبة من اشتراط الحوز وغيره.

(ص): **(وإن قال: إن لم يُجِيْزوا، فهو للمساكين وشبهه، فإن لم يجيزوا، كان ميراثًا، وإن أجازوا فقولان)**

(ش)، أي: إذا أَوْصَى لوارثه بعبده مثلا، أو بثلثه، وقال: إن لم يجزه أولادي، فهو للمساكين، أو فيعتق العبد، فإن لم يجيزوا الوصية للوارث، رجعت ميراثًا، ولا تنفذ للمساكين؛ لأنه قصد بالوصية الضرر، فتبطل؛ لقوله تعالى في المُوصِي: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢][2].

وقال محمد بن عبد الحكم: تُنَفَّذ، ويُعْتَق العبد[3].

اللخمي: وهو أحسن؛ لأن العتق مما يُرَاد به البر، وإنما أراد أن يوثر به ولده، فإن لم يكن قدمه لآخرته، وأدنى منازله أنه مشكوك، هل أراد الضرر أم لا؟ فلا تبطل بالشك[4].

وإذا أجازها الورثة لوارثه ذكر المصنف وابن شاس قولين[5]:

ابن شاس: جاز في رواية ابن أبي أويس، ورَوَى ابن القاسم أنها مردودة على كل حال، وإن أجازوها.

(خ): وما نسبه لرواية ابن القاسم مشكل، ولا وجه لردها بعد الإجازة؛ لأن الحق لورثته، وقد أسقطوه[6].

فإن قيل: بل هو لله، قيل: يلزم ذلك في الوصية المطلقة للوارث.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٢٧، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٤٦.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٥٩، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٩٥.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٢، ومنح الجليل: ٢٠/٤٦٩.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٣، وإرشاد السالك: ١/٢١٤.

(٥) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٩٠، والتلقين: ٢/٢٢١.

(٦) انظر: الاستذكار: ٧/٢٦٣، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥١٤.

ولم يحك المصنف ولا غيره خلافًا في إمضائها بالإجازة، ثم إن مفهوم "المدونة" خلاف ما ذكر؛ لأن فيها: إذا أَوْصَى بعبد لوارثه، وقال: إن لم يجيزوا.

فمفهوم قوله: (إن لم يجيزوا) أنه لا يورث إن أجازوا، والله أعلم، وهذا الفرع مقصور على الوصية للوارث، ولا يتناول الزيادة على الثلث.

(ص): **(فإن قال: للمساكين، إلا أن يُجيزوه لابني، فقال المدنيون: يجوز، وقال أشهب: هي كالأولَى)**

(ش): هذه عكس التي قبلها؛ لأنه في الأولَى قدم الوارث، وفي هذه قدم المساكين، فلهذا قال المدنيون: بإجازة هذه، وهو المشهور، وتخصيص المدنيين به ليس بظاهر، بل قال به كبار المصريين: ابن القاسم، وابن وهب، وأصبغ استحسانًا، قال: وفيه مغمز، والقياس البطلان[1].

وذكر أبو الحسن في هذه المسألة، والتي قبلها ثلاثة أقوال[2]:

الأول: الإجازة فيهما، سواء بدأ بالوارث أو لغيره، وهو قول ابن عبد الحكم.

والثاني: مقابل لأشهب؛ لأن ذلك تحيل على الإيصاء للوارث[3].

والثالث، لابن القاسم: لا تجوز إن بدأ بالوارث، وتجوز بالعكس.

(ص): **(وإجازة الورثة في الصحة من غير سبب وصية غير لازمة)**

(ش)، أي: إذا أَوْصَى لوارث، أو بأكثر من الثلث، فأجازها الورثة، فلهم ثلاثة أحوال[4]:

الأولَى: أن يكون في الصحة من غير سبب، وهو الذي بدأ به المصنف، وذكر أن إجازتهم غير لازمة؛ لأنهم كمن أعطى شيئًا قبل ملكه، أو جريان سبب ملكه، هكذا أشار إليه مالك في "الموطأ".

ورُوِيَ عن مالك أن ذلك لازم، ومثله في "الموازية" فيمن قال: ما أرث من فلان صدقة عليك، وفلان صحيح، قال: يلزمه ذلك، إذا كان في غير يمين.

اللخمي: والأول أشهر، وهذا أقيس؛ لأنه التزم ذلك بشرط حصول الملك، فأشبه

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٦٩، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٢٦.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٥٣٩، والفواكه الدواني: ١/٧٧.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥١٦، وتهذيب المدونة: ١/١٧٧.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٥٩، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٩٥.

من أوجب الصدقة بما يملك إلى أجل، أو في بلد سماه، أو بعتق ذلك، أو بطلاق ما يتزوج فيه.

قال ابن الحاج: انظر على ما في "الموطأ": لو أَوْصَى رجل لرجل بمال، فلم يقبل ذلك المُوصَى له في صحة المُوصِي ورده، ثم مات المُوصِي ورجع المُوصَى له إلى قبول المال، فذلك له؛ لأنه لم تجب له الوصية إلا بعد موت المُوصِي[١].

(ص): (**فإن كان لسبب كسَفَرٍ، أو غَزْوٍ، فقولان**)

(**ش**): هذا هو الوجه الثاني، يعني: وإن أجاز الورثة في الصحة لسبب كالسفر والغزو، فرَوَى ابن القاسم في "العُتْبِيَّة": أن ذلك يلزمهم كالمريض، وقاله القاسم.

وقال ابن وهب في "العُتْبِيَّة": كنت أقول هذا، ثم رجعت إلى أن ذلك لا يلزمهم؛ لأنه صحيح، وقاله محمد بن أصبغ، وهو الصواب[٢].

(ص): (**وإن كان في المرض، ولم تتخلل صحة فكالموت على الأشهر**)

(**ش**): هذا هو الوجه الثالث، وقوله: (لم تتخلل صحة)، أي: بين الوصية والموت، لزمت الورثة، كما لو أجازوا عد الموت على الأشهر، وهو مذهب "المدونة"، و"الموطأ"، وغيرهما، وقيده عبد الوهاب بالمرض المخوف، وأما غيره فكالصحيح، ومقابله لعبد الملك[٣].

ومفهوم قوله: أنه لو تخللت الصحة لما لزمته، ولذلك نص عليه ابن القاسم، قال: لأنه صح واستغى عن إذنهم، فلا يلزمهم حتى يأذنوا له في المرض الثاني.

ابن كنانة: ولكنهم يحلفون أنهم ما سكتوا رضًا بذلك.

(ص): (**إلا أن يَتَبَيَّنَ عذره من كونه عليه نفقة المريض، أو دَينه، أو سلطانه**)

(**ش**): هذا استثناء من اللزوم، والمفهوم من قوله: (فكالموت)، أي: يلزم الوارث إذنه لمورثه، إلا أن يتبين عذر الوارث في الإذن من كون الوارث عليه نفقة المريض، أو عليه دينه، وقال: إنما أجزت خيفة أن يقطع عني نفقته، أو يطالبني بدَينه.

فَـ (مِنْ) مِنْ قوله: (مِنْ كَوْنِهِ) سببية، ونص في "المدونة" على أن لمن في عياله من ولد قد احتلم وزوجاته وبناته الرجوع.

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٢، ومنح الجليل: ٢٠/٤٦٩.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٢٧، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٤٦.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٣، وإرشاد السالك: ١/٢١٤.

وكذلك قال ابن القاسم في "المجموعة": إنما يلزم إذن الوارث للمريض إذا كان بائنًا عنه، فأما بناته الأبكار وزوجاته ومن في عياله، فلهم الرجع بعد موته.

ابن القاسم في "المدونة": وليس للسفيه ولا للبكر إذن، وظاهره ولو كانت معنسة(١).

وقال ابن كنانة: إلا أن المعنسة فيلزمها(٢).

واختلف في الزوجة، فقال مالك، وابن القاسم: لها أن ترجع(٣).

وقال أشهب في "المجموعة": ليس كل زوجة لها أن ترجع، رُبَّ زوجة لا تهابه ولا تخاف منه، فهذه لا ترجع، وكذلك الابن الكبير وهو في عيال أبيه إذا كان ممن لا يخدع، وقال غيره: لا يلزمه إذا كان في رفق الأب، ويحلف أني إنما أجزت خيفة أن يصح، فيقطع عَنِّي معروفه(٤).

اللخمي: وقول أشهب في الزوجة حسن، وأما الولد فقول غيره أصوب.

اللخمي: وإن كان الولد رشيدًا، وليس في نفقة الميت، لزمه ذلك، ولم يكن له أن يرجع، سواء كانت إجازته إبتداء، أو بعد السؤال.

ولم يذكر هو ولا غيره في ذلك خلافًا إن لم يكونوا في عياله، وظاهر كلام المصنف: أن لمن في العيال والمدين ونحوهما الرجوع، سواء تبرعوا بالإذن ابتداء، أو طَلَبَ الموروث ذلك منهم.

وذكر صاحب " النكت"، عن غير واحد من شيوخه؛ لأن الورثة يقولون: بادرناه بالإجازة؛ لتطيب نفسه، وخشينا إن لم نفعل أن يمنعنا رفده.

وذهب التونسي واللخمي إلى أنهم إذا تبرعوا بالإذن ابتداء، فليس لهم الرجوع.

وفي "المجوعة " عن مالك: إن سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين يحضره الوفاة ففعل، ثم لم يقض فيه شيئًا، فإنه يرد إلى واهبه، قال عنه ابن وهب إلا أن يكون سَمَّى له من يهبه له من ورثته، فذلك ماض(٥).

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ٢٦٩/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٢٦/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٥٣٩/١، والفواكه الدواني: ٧٧/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥١٦/٨، وتهذيب المدونة: ١٧٧/١.

(٤) انظر: الاستذكار: ٢٦٣/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٤/٢.

(٥) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٢/٢، ومنح الجليل: ٤٦٩/٢٠.

ولو وهب له ميراثه، فأنفذ بعضه، فما بقي فيرد إلى معطيه، ويمضي ما أنفذ، وهو معنى ما في "الموطأ"[١].

(ص): (ولو قال: ما علمتُ أن لي رَدَّهَا ومثلُهُ يجهل، حَلَفَ)

(ش)، أي: لو قال الوارث بعد أن أجاز الوصية في حال تلزمه إجازتها: لم أعلم أن لي رد الوصية، فإن كان مثله يجهل حلف، ولم يلزمه، وهذا مبني على أن من دفع شيئًا يظن أنه يلزمه، فَتَبَيَّنَ أنه لا يلزمه[٢].

وذكر في "البيان " في باب الصدقات: أنه اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال، قال: واختصار ذلك أن تقول: هل يعذر بالجهل أم لا، وعلى أنه يعذر ففي تصديقه قولان، وإذا صدقناه فقيل: بيمين، وقيل: بغير يمين. انتهى[٣].

ومن هذه القاعدة ما إذا اتفق على حَمْلٍ، ثُمَّ تَبَيَّنَ أنه لا حَمْلَ بها، وفيهما أربعة أقوال تقدمت من كلام المصنف في باب النفقات[٤].

(ص): (ولو كان وارثًا فصار غير وارث، أو بالعكس، والمُوصِي عالم، اعتُبِرَ المآل، فإن لم يعلم فقولان)

(ش): كما لو أَوْصَى لأخيه، ولا ولد له، ثُمَّ وُلِدَ له ولد، أو أوصت لزوجها ثم أبتها، أعتبر ما آل الأمر إليه، فتصح الوصية في الأولَى، وتبطل في الثانية.

وقوله: (قولان) مذهب ابن القاسم: أن الوصية تبطل، وهو مفهوم "المدونة"؛ لقوله: ومن أَوْصَى لأخيه بوصية في مرضه، أو صحته، وهو وارثه؛ لم يَجُزْ، وإن وُلِدَ له ولد يحجبه؛ جازت الوصية، وإن مات، إذا علم بالولد؛ لأنه تركها بعد ما وُلِدَ له، فيصير مجيزًا لها، فمفهومه إن لم يعلم بالولد، لم يَجُزْ.

ولابن القاسم في "العُتْبِيَّة"، و"المجموعة": في امرأة أوصت لزوجها، ثم طلقها البته، ثم ماتت، فإن علمت بطلاقه، فالوصية جائزة، وإن لم تعلم، فلا شيء له؛ لأنها كانت تظن أنه وارث، والقول بعدم البطلان لأشهب، والمخزومي، وابن نافع، وابن

---

(١) انظر: المدونة: ٣٥٩/٤، وحاشية الصاوي: ٤٩٥/١٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٠/١٢، والتلقين: ٢٢١/٢.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٧/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٦/٢٤.

(٤) انظر: المدونة: ٢٧٠/٥، وحاشية الدسوقي: ٣٦٩/١٩.

كنانة: أن الوصية له جائزة، سواء علم الموصي بأنه صار غير وارث، أو لا[(١)].

ورُوِيَ أيضًا عن ابن القاسم مثل قولهم، واستظهر ابن رشد قول ابن القاسم في مسألة الزوجة عدم جواز الوصية، إلا أن تكون علمت بطلاقه؛ لأنها أوصت له لما بينهما من مودة الزوجية، ولعلها لو علمت بالطلاق؛ لم تُوصِ له بشيء، واستظهر في مسألة الأخ وشبهها قول غير ابن القاسم[(٢)].

(ص): (وإذا أَوْصَى لأقارب فلان دخل الوارث وغيره من الجهتين، بخلاف أقاربه للقرينة الشرعية)

(ش): مراده بالجهتين: جهة الأب، وجهة الأم، وقوله: (بخلاف أقاربه)، فإنه لا يدخل إلا القرابة التي لا ترث؛ للقرينة الشرعية في منع الإيصاء للوارث، ولا خلاف أنه إذا أَوْصَى بقرابته، وليس له قرابة من قبل أبيه أن الوصية تكون لأقاربه من جهة أمه.

واختلف إذا كان له قرابة يوم الوصية من جهة أبيه على ثلاثة أقوال: قال ابن القاسم: لا تدخل قرابة من قِبَلِ الأم بحال[(٣)].

ورَوَى مطرف وابن الماجشون دخولهم مُطْلَقًا، وقال عيسى: إن لم يكن من قبل أبيه إلا القليل، كالواحد والاثنين، دخلوا، واختلف في دخول ولد البنات على قولين، وما ذكره المصنف من عدم دخول الوارث إذا أَوْصَى لأقاربه هو منصوص لمالك في "المُوَّازِيَّة".

وقال ابن حبيب: إذا أَوْصَى لقرابته، أو لرحمه وأهله وأهل بيته. فقال مالك، وأصحابنا: أنه لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه، من يرث، ومن لا يرث، وفائدة دخول الوارث على هذه المحاصة بنصيبه، ثم يرجع ميراثًا[(٤)].

ونقل الشيخ أبو محمد، عن أبي بكر بن محمد، أنه قال لهم: إن قال: على قرابتي، نُظِرَ إلى المال، فإن كان قليلا كان لأهل حرمه دون غيرهم، وإن كان كثيرًا دخل فيهم الخولة وغيرهم[(٥)].

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٤، وما بعدها، وإرشاد السالك: ١/٢١٥.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٦٧، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٢٧.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٣، وإرشاد السالك: ١/٢١٤.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٦٩، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٢٦.

(٥) انظر: الثمر الداني: ١/٥٣٩، والفواكه الدواني: ١/٧٧.

(ص): **(ويؤثر في الجميع ذو الحاجة، وإن كان أبعد)**

(ش)، يعني: يزداد ذو الحاجة، ولا يعطى الجميع. مالك: ويعطي فقراء بني الورثة، وهو لمن حضر القسم، ولا شيء لمن غاب[١].

ابن القاسم: والرجال والنساء في ذلك سواء.

الباجي: ولعل هذا على مذهب من يرى أن المؤنث يدخل في جمع المذكر.

أشهب: ومن أَوْصَى لقرابته، وله قرابة مسلمون ونصارى، فهم في ذلك سواء، ويؤثر الأحوج[٢].

ابن كنانة في المُوصِي لأقاربه، وسماها صدقة، ولم يُسَمِّ أهل الحاجة، ولا غيرهم، فلا يعطى إلا الفقراء خاصة، فإن لم يذكر صدقة، فأغنياء قرابته وفقراؤهم في ذلك سواء، إلا أن يريد الفقراء دون الأغنياء.

(ص): **(ولأقاربه ولأرحامه سواء)**

(ش)، يعني: وإذا أَوْصَى لأرحامه، فكما لو أَوْصَى لأقاربه، فيدخل القريب من الجهتين، ويؤثر الأحوج، وإن كان أبعد، وإلى ذلك أشار بقوله: (سواء).

وفي كلام ابن الماجشون ما يقتضي خلافه لقوله: يقسم بينهم على الاجتهاد، ويؤثر الأقرب فالأقرب، والأحوج فالأحوج، إن اتسع المال، ولا بد من عمومهم كلهم، فإن ضَاقَ المال سَوَّى بينهم فيه؛ لأنهم كلهم قرابته، إذ مقتضاه عدم الإيثار في الضيق.

ودخل الوارث في قرابة فلان دون قرابته للقرينة الشرعية.

(ص): **(ولو أَوْصَى للأقرب فالأقرب، فُضِّلَ الأقرب وإن كان أكثر يسارًا)**

(ش): (الأقرب) أفعل تفضيل يفيد التقديم بحسب القرب، والفاء تفيد الترتيب في منازل القرب، وكلامه صريح في إعطاء الأقرب الأكثر، وإن كان من دونه أفقر منه، ثُمَّ فَرَّعَ على ذلك، فقال[٣]:

(ص): **(فيُفَضَّلُ الأخُ على الجد)**

(ش): لأن الأخ وابنه يدليان بالبنوة، والجد يدلي بالأبوة، والبنوة أقرب[٤].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥١٦، وتهذيب المدونة: ١/١٧٧.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٢٦، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٧٠.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٤، وإرشاد السالك: ١/٢١٥، وما بعدها.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٧٧، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٣٠.

(ص): **(ويُقَدَّمُ الشقيق على الأخ للأب، والأخ للأب على الأخ للأم)**

(ش): قوله: (والأخ للأب على الأخ للأم) مبني على دخول أقارب الأم، كما تقدم، وأما على القول الآخر، فلا دخول للأخ للأم أصلا.

(ص): **(ولا يُعْطَى الأقرب الجميع، بخلاف الوقف)**

(ش): هكذا نَصَّ عليه ابن القاسم في "العُتْبِيه " في الجد والأخ: أن الأخ لا يعطى الجميع، قال: ولو كان الذي أَوْصَى به حُبْسًا، فالأخ أَوْلَى، فإذا هلك صارت لجده، ثم من بعده للعم[1].

وقيده ابن رشد: بالسكنى. قال: وأما العلة، فإن الأبعد يدخل مع الأقرب بالاجتهاد كالوصية.

قال في "العُتْبِيَّة": وان كانوا ثلاثة إخوة مفترقين، فالأخ الشقيق أَوْلَى، ثم الذي للأب، فإن كان الأقرب موسرًا، أو الأبعد معدمًا، فليعطى الأبعد **على** قدر ما أَوْصَى، ولا يكثر له.

وإنما لم يعط الأقرب هنا الجميع، بخلاف الوقف؛ لأنه لو أعطى الأقرب الجميع حرم الأبعد بالكلية، بخلاف الوقف، فإنه وإن حرم الآن فسيحصل له في المستقبل.

(ص): **(وإذا أَوْصَى بثُلُثه لزيد وللفقراء، أُعْطِيَ بالاجتهاد بحسب فقره، فإن مات قبل أن يُقْسَمَ له، فلا شيء لورثته، والثلث للمساكين)**

(ش): أُعْطِيَ بالاجتهاد، لا نصف المال، وهكذا في "المدونة"، ورأى أن ضَمَّ المعلوم إلى المجهول قرينة تدل على إرادة المُوصِي سد خَلَّة المُوصَى له؛ لأن القسمة على المجهول بالاجتهاد، فكذلك تصيب المعلوم اذي ضم إليه، وإذا صح كون ذلك قرينة، لم يصح معارضة هذه المسألة بمذهب ابن القاسم: فيمن صالح بشيء عن موضحة عمد، وموضحة خطأ، أن للعمد النصف[2].

وقوله: (فلو مات)، أي: المعين، فلا شيء لورثته، هكذا قال محمد[3].

ووجهه: أن القسمة لما كانت بالاجتهاد، وصار زيد كواحد منهم، وكان المعتبر من الفقراء إنما هو من حضر القسمة، لم يكن لورثته شيء، وهذا يحسن إذا كان

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٠، والفواكه الدواني: ١/٧٩.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥١٨، وتهذيب المدونة: ١/١٧٨.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٩١، والتلقين: ٢/٢٢٢.

زيد فقيرًا[1].

وأما إذا كان غَنِيًّا، فينبغي أن يكون سهمه لورثته، بل لو قيل بذلك، ولو كان فقيرًا لكان حَسَنًا، وقد ذهب بعض الأئمة خارج المذهب إلى أن له النصف[2].

(ص): (وإذا أَوْصَى لجيرانه، ففي إعطاء الأولاد الأصاغر والبنات الأبكار قولان، وتُعْطَى الزوجة، ولا يُعْطَى العبد ساكنًا معه)

(ش): القول بإعطاء ولده الأصاغر وبناته الأبكار لسحنون. ومقابله لعبد الملك، قال: وإذا أَوْصَى لجيرانه، أعطى الجار الذي له اسم المسكن، ولا يعطى اتباعه، ولا ابنته البكر، ولا ضيف، ولا نزيل، ويعطى الولد الكبير البائن عنه بنفقته، واتَّفَقَا على إعطاء الزوجة، وقال ابن شعبان: لا تُعْطَى.

وقوله: (ولا يُعْطَى العبد ساكنًا معه)، أي: مع سيده، يعني: ويعطى منفردًا، كان سيده جارًا أم لا، هكذا نص عليه عبد الملك فرعان.

الأول: قال عبد الملك: ومن أَوْصَى لجيرانه، فهو من المجهول، فمن وجد يوم القسم جارًا أدخل في ذلك؛ لأنه لم يقصد المعينين، فلو انتقل بعضهم أو كلهم، وحدث غيرهم، أو بلغ صغيرًا، فذلك لمن حضر القسم، وكذلك لو كان ذا جيران قليل فكثروا.

الثاني: لم يفسر المصنف الجوار[3].

وفسره عبد الملك، فقال: حد الجوار الذي لا شيء فيه ما كان يواجهه، وما لصق بالمنزل من ورائه وجانبية، فإن تَبَاعَدَ ما بين العدوتين حتى يكون بينهما السوق المتسع، فليس بجار. قال: وقد تكون دار عظمى ذات مساكن كثيرة، كدار معاوية، فإذا أَوْصَى بعضهم لجيرانه، اقتصر على أهل الدار، وإن سكن هذه الدار رَبُّهَا وهو المُوصِي، وشغل أكثرها، وسكن معه غيره، فالوصية لمن كان خارجها، لا لمن فيها، وإن سكن أقلها كالمكتري، فالوصية لمن في الدار خاصة، ولو شغلها كلها بالكراء، فالوصية للخارجين عنها من جيرانه[4].

---

(١) انظر: المدونة: ٣٦٠/٤، وحاشية الصاوي: ٤٩٦/١٠.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٣/٢، ومنح الجليل: ٤٧٠/٢٠.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٨/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٧/٢٤.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٤/١، وإرشاد السالك: ٢١٥/١، وما بعدها.

وقال مثله كله سحنون في كتاب ابن عبد الملك: وجوار البادية أوسع من هذا، أو أشد تراخيًا إذا لم يكن مَنْ دونه أقرب منه، ورب جار وهو على أميال إذا لم يكن دونه جيران إذا جمعهم الماء في المورد، والمسرح للماشية، وبقدر ما ينزل يجتهد فيه(١).

سحنون: والجوار في القرى أن كل قرية صغيرة ليس لها اتصال في البنيان والحارات، فَهُم جيران، وإن كانت كبيرة كثيرة البنيان كقلشانة، فهي كالمدينة في الجوار.

وذكر ابن شعبان حديثًا مرسلا أنه عليه الصلاة والسلام، قال: "أربعون دارًا جار". ونقل عن علي: (أن الجار: مَنْ سَمِعَ النداء).

(ص): (ولو أَوْصَى لتميم، أو بني تميم، فثَالِثُها، قال أشهب: تدخل الموالي في الأول لا الثاني، وعَابَهُ ابن الماجشون)

(ش)، يعني: إذا أَوْصَى لقبيلة، فقال ابن الماجشون: تدخل مواليهم، سواء قال: لتميم مثلا، أو لبني تميم؛ لِمَا في الحديث: "مولى القوم منهم"(٢).

وقال مالك، وابن القاسم في "المدونة": لا يدخلون، وهو أظهر من حيث العُرف، وفَرَّقَ أشهب، فإن قال: لِتَمِيمٍ، دخلوا، وإن قال: لبني تميم، لم يدخلوا.

وعاب ابن الماجشون قول أشهب، وقال: قد تكون قبائل لا يحسن أن يقال: فيها بني فلان قيس وربيعة، وجهينة، ومزينة، وغيرهم، والأمر واحد حتى يقول: للصليبة دون الموالي. ولأشهب أن يقول: إنما قلت هذا في القبيلة التي يقال فيها بني، نعم لو رد قول أشهب بأن المراد عرفًا بتميم بني تميم، فكان لا فرق؛ لَكَانَ حسنًا.

(ص): (ولا يلزم تعميم القبيلة الكبيرة، كالمساكين والغزاة، ونحوهم)

(ش): لتعذر التعميم عادة، وقوله: (كالمساكين، والغزاة) تشبيه لإفادة الحكم، وإلا فالمساكين ونحوهم ليسوا قبيلة حقيقة، إذ القبيلة بَنُوا أَبٍ واحدٍ، ووصف القبيلة بالكبيرة يفهم منه لو كانت صغيرة يمكن حصرها للزم تعميمها(٣).

(ص): (ويدخل الفقراء في المساكين وبالعكس)

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٧٧، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٣٠.

(٢) أخرجه البخاري، في كتاب الفرائض، باب مولى القوم، رقم (٦٧٦١) من حديث أنس بن مالك، وأبو داود في سننه، رقم (١٦٥٠) من حديث أبي رافع القبطي.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٠، والفواكه الدواني: ١/٧٩.

(ش): نحوه في "الجواهر"، وهذا والله أعلم كالمترادفين عُرْفًا[١].

وينبغي على ما تقدم في الزكاة من أن المشهور تباينهما، أنه إذا أَوْصَى من هو عالم بذلك ألا يُدْخِلَ أحدهما على الآخر، ولا إشكال في هذا متى نَصَّ على ذلك، فقال: للمساكين، لا الفقراء، أو بالعكس.

(ص): **(المُوصَى به: كل ما يُتَمَلَّك، فلا يصح بخمر وشِبْهِهِ)**

(ش): الركن الثالث: المُوصَى به، فتصح بكل شيء يملكه المُوصَى له، فلذلك لا تصح بخمر وشبهه، ولو أَوْصَى به كافر لمسلم؛ لأن المسلم لا يصح تملكه لذلك.

(ص): **(وتَصِحُّ في الحَمْل، وثمر الشجر، والمنافع)**

(ش): إذ لا يشترط أن يكون معلومًا، بل تصح الوصية بالغرر، والمجهول كالحمل، والثمرة التي لم يَبْدُ صلاحها؛ لأنها هبة، بل هي أخف لعدم لزومها.

(ص): **(ويدخل الحَمْلُ في الجارية ما لم يستثنه)**

(ش): إذا أَوْصَى لرجل بجارية وهي حامل، فإن الحَمْلَ يندرج في الوصية؛ لأنه كالجزء منها، وهذا بشرط أن تضعه بعد موت السيد، فأما إن وضعته في حياته، فإن الوصية لا تتضمنه على المنصوص[٢].

(ع): ومقتضى النظر دخوله، ولا يضر تمكين السيد من الرجوع عن الوصية، فإن هذا المعنى ملغي في حق الأم[٣].

وقوله: (ما لم يستثنه) هذا الاستثناء لا يَجري في العتق عند أهل المذهب.

قال في "المُوَّازِيَّة": الشيخ أبو محمد، وأراه لأشهب: إذا أَوْصَى بولد أَمَتِه لرجل، وبرقبتها لآخر، فهو كذلك، لهذا ما تلد مادام حَيًّا، وعليه نفقتها، فإذا مات فرقبتها للموصى له بالرقبة[٤].

ابن المواز: هذا إذا لم تكن يوم أَوْصَى حاملا، فإن كانت يومئذ، فليس له إلا حملها فقط[٥].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥١٨/٨، وتهذيب المدونة: ١٧٨/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ٢٦٤/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٥/٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٤٩١/١٢، والتلقين: ٢٢٢/٢.

(٤) انظر: المدونة: ٣٦٠/٤، وحاشية الصاوي: ٤٩٦/١٠.

(٥) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٣/٢، ومنح الجليل: ٤٧٠/٢٠.

وفي "العتبية": عن ابن وهب فيمن قال: أوصيت لفلان بما ولدت جاريتي هذه أبدًا، فإن كانت يوم أَوْصَى حاملا، فهو له، وإن لم تكن يومئذ حاملا، فلا شيء له.

(ص): **(وإذا أَوْصَى بترتيب اتُّبِعَ)**

(**ش**): الترتيب إما بصريح اللفظ، كقَدِّمُوا كذا على كذا، وإما بحرف، كقوله: ثُمَّ، وأما التقديم باللفظ فلا عبرة به عندنا، خلافًا للحنفية(١).

ففي "المدونة": ولا يُقَدَّمُ ما قدم الميت في لفظ أو كتاب، ولا يؤخر ما أخره، وليقدم الأوكد، إلا أن ينص على تبدئة غير الأوكد، إلا ولدًا وقيده ابن الماجشون بما له الرجوع عنه، وأما ما لا رجوع له عنه من عتق بتلا، وعطية بتلا، فلا يبدأ، وإلا يلزم جواز الرجوع عما ليس للموصي الرجوع عنه.

ورأى الباجي أن تقييده مخالف لأكثر فروعهم، أو للكثير منها كما سيأتي.

(ص): **(فإن كان فيها مجهولٌ، كوقود مصباح على الدوام، أو تفرقة خبز ونحوه، ضُرِبَ له بالثلث، ووُقِفَتْ حصته، وقال أشهب: بالمال كله)**

(ش)، يعني: فإن كان في وصايا الميت مجهول، كوقود مصباح على الدوام، أو تفرقة خبز، أي: على الدوام، وحذفه لدلالة ما قبله، فالمشهور أنه يُضرب له مع الوصايا بالثلث؛ لأنه الذي يملك المُوصَى له؛ لأنه لو سلط على الثلث لأفناه، فكان ذلك بمنزلة ما لو أُوصِيَ له بالثلث(٢).

وقال أشهب: بل يُضرَبُ له بجميع المال، فإنه الوجه الذي قدر أن المُوصِي أَوْصَى له بالثلث يكون المُوصِي موصيًا له بالجميع؛ لأن المُوصَى به يستغرق الجميع، كما يستغرق الثلث(٣).

اللخمي: والأول أبين، وليس قصد الميت أن يخرج ولده وأهله من جميع المال.

(ص): **(فإن اجتمع منها أجناس، ضُرِبَ لها كالواحد، وقُسِمَ على عددها)**

(ش)، أي: فإن اجتمع من المجهولات أجناس، كوقود مصباح على الدوام، وتفرقة خبز على الدوام، وسقي راوية ما كل يوم، فإنه يضرب لها كما يضرب للواحد،

---

(١) انظر: المدونة: ٣٢٧/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٧٢/١٩.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٨/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٧/٢٤.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٥/١، وإرشاد السالك: ٢١٥/١، وما بعدها.

فيضرب لها بالثلث، وهذا قول ابن الماجشون، قال: كأنها صنف واحد(١).

وقيل: يُضرب لكل مجهول بالثلث، ويجري فيها قول آخر: أنه يُضرب لكلٍ بجميع المال.

وقوله: (وقُسِمَ على عددها) نحوه لابن الماجشون في "المجموعة".

وفي "الموازية" قول آخر: أنه يفاضل بين هذه المجهولات على قدرها، كما لو كان للوقيد كل يوم نصف درهم، وللسقي كذلك، وللخبز درهم، فإنهم يتحاصون في المال أرباعًا، وذهب إليه التونسي(٢).

(ص): **(ومَنْ أَوْصَى بمعين من مال حاضر، أو غائب، أو بما ليس فيها مُطْلَقًا، ولا يُخْرَجُ مما حضر، خُيِّرَ الورثة بين أن يُجِيزُوا المُعَيَّن ويحصل الآخر، وبين أن يعطوا ثلث الجميع على اختلافه، وإن كان أضعافه أو دونه)**

(ش)، يعني: إذا أَوْصَى بمُعَيَّن كدَيْنٍ ونحوه، سواء كان ذلك المعين في التركة من المال الحاضر أو الغائب، أو ليس فيها بأن قال: اشتروا كذا مُطْلَقًا، أي: سواء حمله الثلث، أم لا(٣).

وقوله: (ولا يُخْرَجُ مما حضر) هو قيد فيما هو في التركة، أي: ولا يخرج المعين من ثلث ما حضر، ولكن يُخرج من ثلث الحاضر والغائب. واحترز بذلك مما لو كان يُخرج من ثلث الحاضر، فإن الوصية تنفذ(٤).

وإنما لم تنفذ إذا كان لا يخرج من ثلث الحاضر؛ لأن الورثة يقولون: لا نأمن أن يتلف رأس المال قبل قبضه وتحصيله، فيفوز هذا المُوصَى له بهذا المعين دوننا.

وقوله: (خُيِّرَ الورثة بين أن يُجِيزُوا المعين)، أي: الذي أَوْصَى به وهو في التركة، (ويخلصوا الآخر)، أي: الذي ليس فيها وبين أن يعطوا ثلث جميع التركة من حاضر وغائب وعين غيرها، وإن كان الثلث أضعاف المُوصَى به، وهذه المسألة تعرف بمسألة خلع الثلث، وخالفنا فيها أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد، وغيرهم، ومال إليه

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٥، وإرشاد السالك: ١/٢١٦.
(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥١٩، وتهذيب المدونة: ١/١٧٩.
(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٧٨، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٣١.
(٤) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤١، والفواكه الدواني: ١/٨١.

بعض شيوخنا[١].

ووجه مذهبنا: أنه يقال للورثة: لما لم تمكنوا الميت من بخس حقوقكم، فلا تبخسوا أنتم حقه، فإما أجزتم فعله، وإلا فاعطوه جميع ماله وهو الثلث.

وشمل قوله: (بمعين) العين، وغيرها، ونَصَّ عليه في "المدونة"، ولا خلاف فيه إذا كانت العين لا تخرج إلا من مال غائب، أو دَين، قاله الباجي.

وإنما اختلف إذا كانت التركة عروضًا حاضرة، وذكر ابن زرقون وغيره في ذلك أربة أقوال.

قال أشهب: فيمن أَوْصَى بعشرة دنانير معينة، أو غير معينة، ولم يُخَلِّف عينًا غيرها، وله عروض، أبو محمد: يريد حاضرة تدفع إليه العشرة، ولا يُخَيَّرُ الورثة، ولو لم يخلف من العين إلا خمسة أخذها، وبيع له بخمسة.

وقال مالك، وابن القاسم: يُخَيَّرُ الورثة بين الإجازة، أو القطع بالثلث[٢].

وقال ابن الماجشون: إن كان في بيع العروض بطء، خُيِّرَ الورثة، وإلا لم يخيروا.

وقال أصبغ: إن عين الدنانير، خير الورثة، وإلا لم يخيروا.

وقوله: (بمعين) يشمل الذوات والمنفعة[٣].

وقال (ع): المشهور اختصاصه بالمنفعة، كما لو أَوْصَى له بخدمة عبد سنين، أو بسكن دار، والفرق على أصل المذهب أَنَّا لو أعطينا المُوصَى له محمل الثلث في منافع العبد، أو الدار خاصة، فيخير بين أمرين، إما ألا نعطيه شيئًا من رقبة الدار والعبد، أو نعطيه ما قابل المنفعة من الرقبة[٤].

والأول يلزم عليه أن لا يستوعب المُوصَى له جميع ثلث الميت، وذلك أن الدار والعبد يجعل في الثلث، فإذا وسع الثلث مثلا نصف رقبة الدار، وأعطينا المُوصَى له نصف المنفعة خاصة، كان قد أخذ أقل من ثلث الميت، وإن أعطيناه نصف رقبة الدار بمنفعتها، كنا قد أعطيناه خلاف ما جعل له المُوصِي؛ لأنه إنما أعطى له المنفعة

---

(١) انظر: الاستذكار: ٢٦٥/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٦/٢.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٤/٢، ومنح الجليل: ٤٧٢/٢٠.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٢/١٢، والتلقين: ٢٢٣/٢.

(٤) انظر: المدونة: ٣٦١/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٠/١٠.

وحدها. انتهى[١].

وعلى هذا؛ فتكون المسألة خاصة بما إذا أَوْصَى بدَيْنٍ، أو منفعة، وأما لو أَوْصَى بعبد ونحوه، فلا يأتي هذا الحكم، وهذا إشارة لما في "المدونة"؛ لأن فيها بعد أن فرض المسألة في الدَّيْن، وذكر أن الورثة يُخَيَّرُون إلا في خصلة واحدة، فإن مالكًا اختلف قوله فيها، فقال مرة: إذا أَوْصَى بعبد بعينه، أو بدابة بعينها، وضاق الثلث، فإن لم يجيزوا قطعوا له بالثلث من كل شيء. وقال مرة: بمبلغ ثلث التركة في ذلك الشيء بعينه، وهو أحب إِلَيَّ.

(ص): **(ولو أَوْصَى بعتق عبد لا يخرج من الثلث الحاضر، وُقِفَ العبد كله حتى يجتمع المال إن كان في أشهر يسيرة، وإلا عُجِّلَ ثلث ما حضر، ثُمَّ يَتِمُّ بعد ذلك، وقال أشهب: لا يُوقَفُ، بل يُعَجَّلُ ما حضر ولو ثُلُثه من نفسه، ثم يَتِمُّ)**

(ش)، أي: إذا أَوْصَى بعتق عبده، وله مال حاضر وغائب، ولا يخرج العبد من ثلث الحاضر، ولكن يخرج من ثلث الجميع، فقال مالك في رواية ابن القاسم، وأشهب: يوقف العبد حتى يحضر الغائب وأطلق[٢].

وقال ابن القاسم: إن كان يُرْجَى اجتماع المال لأشهر يسيرة، انتظر ليعتق جميع العبد.

قال في "المدونة": وليس له أن يقول: اعتقوا مني ثلث الحاضر الساعة، وإن كان لا يجتمع إلا لأشهر كثيرة، أو لسنة هكذا حده ابن المواز، وأنه يعتق منه ثلث الحاضر، ثم مهما حضر من المال الغائب شيء عتق من العبد مقدار ثلثه[٣].

وحده اللخمي: الغيبة التي لا يُتنظر فيها الغائب بخراسان من مصر والأندلس.

(ع): والأكثرون على أن قول أشهب مخالف للقول الأول، وإن كان أبو عمران يرجح في كونه تفسيرًا لقول مالك وأشهب، وهو بعيد، ولعل مراده أن القولين يتفقان، ويكون قول ابن القاسم تفسيرًا لقول مالك وأشهب، وأن معنى قول مالك: الانتظار في القريب الغيبة، ومعنى قول أشهب: التعجيل في بعيد الغيبة، والذين ذهبوا إلى قول أشهب مخالف، اختلفوا في أي القولين أرجح، فقال: يعني قول أشهب هو القياس؛

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٩/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٨/٢٤.

(٢) انظر: المدونة: ٣٢٧/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٧٢/١٩.

(٣) انظر: المدونة: ٣٦١/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٠/١٠.

لأن وقف عتق العبد مضرة عليه من غير منفعة للورثة[١].

وقال سحنون وغيره: ولو كان ما قاله أشهب صحيحًا، لأخذ الميت أكثر من الثلث؛ لأنه أعتق ثلث الحاضر، وباقي العبد موقوفًا لا تصرف فيه الورثة. انتهى.

(ص): **(ولو أَوْصَى بعتق عبده بعد موته بشهر، ولم يحمله الثلث، خُيِّرَ الورثة بين أن يُجِيزُوا، أو يُعْتِقُوا محمل الثلث بتلا، فإن أجازوا خدمهم شهرًا)**

(ش): تصوره ظاهر، وهو جار على ما تقدم من خلع الثلث.

(ص): **(ولو أَوْصَى أن يشتري عبد فلان للعتق، زيد ثلث ثمنه، فإن أَبَى استؤني، فإن بيع وإلا رجع ميراثًا)**

(ش): ما ذكره من زيادة ثلث ثمن العبد هو المشهور.

وقال ابن وهب: يُزَادُ إلى ثلث الميت. وقال أصبغ: ولو قال: اشتروه بالغًا، فإني استحسن أن يزاد في هذا إلى مبلغ ثلث الميت.

(ع): والأقرب عندي ألا يُزَاد في ثمن العبد إلا ما جرت العادة بالتغابن فيه.

ووَجَّهَ بعض شيوخ عبد الحق المشهور بأن الناس لما كانوا يتغابنون في البيوع، والميت لم يجد ما يقتصر عليه، وَجَبَ أن يقتصر على ثلث ذلك؛ لأن الثلث حد بين القليل والكثير[٢].

واختُلِفَ هل لا يعلم ربه بالوصية، وهو قول ابن القاسم، أو يعلم بذلك، وهو قول أشهب[٣].

وكذلك اختُلِفَ في الإعلام إذا قال: بيعوا عبدي فلانًا من فلان، بخلاف ما إذا لم يعين، ولا بائعه، ولا مشتريه، فإنه لا يعلم الوصية.

وقوله: (فإن أَبَى)، أي: سيد العبد من بيعه، استؤني، أي: ثمن العبد وبالزيادة عليه، وهذا هو المشهور.

وقال أشهب: لا يستأني إذا أَبَى ربه البيع، وعلى المشهور فقال في الوصايا: الأول مثل ما قال المصنف: أنه يستأني بثمنه، قالوا معناه، وثلث ثمنه، ويبدي على الوصايا، فإن لم يبعه ربه، رجع ميراثًا، وقال في الوصايا: الثاني بعد الاستئناء، وإلا يئس

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٥/١، وإرشاد السالك: ٢١٦/١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ٢٧٨/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٣١/٢.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٢٩/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٨/٢٤.

من العبد[١].

ورَوَى ابن وهب، عن مالك: أن الثمن يوقف ما رُجِيَ بيع العبد، إلا أن يفوت بعتق أو موت.

سحنون: وعليه أكثر الرواة، وجعل ابن يونس ما في الوصايا الثاني موافقًا لِمَا في الوصايا الأول، وموافقًا لابن وهب.

وجعل اللخمي قول ابن وهب خلاف عياض، وفي حاشية ابن عتاب، سحنون: بعد الإياس من العبد ليس من لفظ ابن القاسم، فعلى هذا ليس بخلاف من قوله، وإنما أَتَى بها سحنون من كلام غيره[٢].

وذهب ابن كنانة إلى أنه إذا امتنع سيد العبد من البيع أن يجعل ثمنه وثلث ثمنه في رقاب[٣].

(ص): **(فإن أَوْصَى أن يُشْتَرَى لفلان، زِيدَ كذلك، فإن أَبَى الزيادة، دُفِعَ المبذول كله للمُوصَى له، فإن أَبَى ضَنًّا بَطَلَتْ، وقال أشهب: يوقف فيهما، فإن أَيَسَ رَجَعَ المال ميراثًا)**

(ش): كلامه ظاهر التصور، وخلاف أشهب السابق منصوص هنا، فإن أَبَى مالك العبد من بيعه، فإبايته إما أن تكون طلبًا للزيادة في الثمن، أو اغتباطًا بعبده.

والأول يدفع الثمن مع الزيادة للمُوصَى له؛ لأن قصد المُوصِي منفعته بالعبد مباشرة، وجعل الثمن وسيلة إلى ذلك، فإن تَعَذَّرَ نفعه بالعبد، أُعْطِيَ الثمن الذي هو وسيله إليه[٤].

فإن قيل: يلزم مثله إذا امتنع سيد العبد به ضَنًّا، أي: بُخْلا، وهو بالضاد.

قيل: الوصية في الأول بعرضية الثبوت؛ لأن سيد العبد لم يمتنع من بيعه، وإنما طلب زيادة في الثمن منع من دفعها له حق الورثة، بخلاف القسم الثاني، فإن الوصية باطلة؛ لبُخْلِ سيد العبد به، ولعل هذا هو الذي لاحظه أشهب في قوله: (وقف فيهما)، أي: في الوجه الأول، وهو طلب السيد للزيادة، وفي الثاني وهو بخله حتى يتحقق

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٢/١٢، والتلقين: ٢٢٣/٢.

(٢) انظر: المدونة: ٣٦١/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٠/١٠.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٥٤١/١، والفواكه الدواني: ٨١/١.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٥/١، وإرشاد السالك: ٢١٦/١.

بطلان الوصية بالإياس من بيع العبد، فحينئذ يرجع ثمن العبد ميراثًا، وتردد بعض الشيوخ: هل تدخل الوصايا في الثمن هنا إذا لم يتم البيع؟

(ص): (ولو أَوْصَى أن يُبَاعَ لعتق، نقص ثلث ثمنه، فإن أَبَى، خُيِّرَ الورثةُ بين بيعه بأقل، أو عتق ثلثه منه)

(ش)، (ع): اتفق هنا على مقدار النقص، وهو إنه ينقص ثلث ثمنه، وبه يترجح قول ابن القاسم على قول ابن وهب وأصبغ فيما تقدم.

وقوله: (فإن أَبَى)، أي: فإن لم يوجد من يشتريه للعتق إلا بأكثر من نقص الثلث، خُيِّرَ الورثة بين بيعه بما طلب المشتري، وبين عتق ثلثه؛ لأن ثلث العبد هو الذي أَوْصَى به الميت في المعنى[1].

ابن القاسم في "المدونة"، و"الموازية": وهذا مما لم يختلف فيه قول مالك[2].

محمد: أثر ذلك، بل اختلف قوله بما هو أصوب، وبه أخذ أكثر رواة أصحابه.

فرَوَى عنه أشهب في المبيع للعتق، أو ممن أحب: أنه إن حمله الثلث، فإنهم إن لم يجدوا من يأخذه بوضيعة ثلث الثمن، واستؤني به فلم يوجد، فلا شيء عليهم فيه، وإن لم يحمله الثلث خُيِّرَ الورثة بين بيعه بوضيعة ثلث ثمنه، وإلا عتقوا منه مبلغ ثلث الميت كله؛ لأنه يصير عتقًا مبدأ على وصية فلان، هذا في المبيع للعتق.

وأما ممن أحب، فإن بذلوه بوضيعة ثلث الثمن، ولم يجدوا من يبتاعه، واستؤني به، فلا شيء عليهم فيه، كذلك عن أشهب في "المجموعة"، ووجهه ظاهر؛ لأنه إذا حمله الثلث، لم يلزمهم سوى عرضه على من يشتريه، فإن لم يوجد بعد الاستئناء، فقد بطلت الوصية من غير سببهم، فلا شيء عليهم، وكذلك إذا لم يحمله الثلث، فإنهم إن لم يجيزوا الوصية، عتقوا منه محل ثلث الميت على أصل أشهب في خلع الثلث، وإن بذلوه لمن يشتريه، فقد أجازوا الوصية، فيكون كما لو وسعه الثلث[3].

(ص): (فإن أَوْصَى ببيعه ممن أحب، نُقِصَ كذلك)

(ش)، أي: ثلث ثمنه.

(ع): هذا أيضًا متفق عليه، انتهى.

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥١٩/٨، وتهذيب المدونة: ١٧٩/١.

(٢) انظر: المدونة: ٣٢٧/٤، وما بعدها، وحاشية الدسوقي: ٣٧٢/١٩.

(٣) انظر: الاستذكار: ٢٦٥/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٦/٢.

وفيه نظر؛ لأن في "الواضحة"، عن أصبغ أنه قال: خالف ابن وهب مالكًا في القائل: بيعوا عبدي ممن أحب، واشتروا عبد فلان واعتقوه، فقال: يزاد في المُشْتَرَى وينقص في المبيع ما بينه وبين ثلث الميت، لا ثلث الثمن، والظاهر أنه يتخرج في المُوصَى ببيعه لعتق، وقد تقدم(١).

(ع): حكى فيها الاتفاق.

(ص): **(فإن أَبَى، رجع ميراثًا، وقيل: كالتي قبلها)**

(ش)، يعني: فإن لم يوجد من يشتريه بنقص ثلث ثمنه، فَرَوَى غير واحد، عن مالك: أنه يرجع ثمنه ميراثًا؛ لأنه لما أَبَى رد الوصية إذ الميت إنما أَوْصَى له بالحطيطة بشرط شرائه.

وقيل: كالتي قبلها، أي: فيخير الورثة بين بيعه بأقل، أو يعتقون ثلث العبد. وهذا قول ابن القاسم في "المدونة".

ورُوِيَ أيضًا عن مالك، ونقل ابن وهب، عن مالك: أن العمل عندهم على الأول(٢).

فرعان

الأول: قال ابن أبي زمنين: ولو باعوه ممن أحب، ولم يُعْلِمُوا المشتري بالوصية، ثم علم فقام عليهم، فلا شيء له، ورواه أشهب، عن مالك.

الثاني: إنما يأتي القولان السابقان إذا لم يوجد من يشتريه بالكلية، وأما لو أحب العبد شخصًا وأَبَى، فله أن ينتقل إلى ثان، وإلى ثالث، ما لم يطل ذلك حتى يضر بالورثة، قاله أشهب(٣).

(ص): **(فإن أَوْصَى أن يُبَاعَ من فلان، نُقِصَ كذلك)**

(ش)، أي: ثلث ثمنه، ويلزمهم ذلك حتى يضروا بالورثة، واختلف أولا: هل عليهم أن يخيروا فلانًا بما أَوْصَى به الميت، وهو قول أشهب، أو لا، وهو قول ابن القاسم، وعلى الأول فإن لم يعلم، رجع بما زاد على ثلثي قيمته.

(ص): **(فإن أَبَى، خُيِّرَ الورثة بين بيعه بما أعطى، أو القطع له بثلث العبد، وقيل:**

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٤، ومنح الجليل: ٢٠/٤٧٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٩٢، والتلقين: ٢/٢٢٣.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٢٩، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٤٨.

كالتي قبلها)

(ش)، أي: فإن أَبَى فلان شرائه، فقولان:

الأول: مذهب "المدونة"، والثاني لأشهب في "المُوَّازِيَّة": أنه يرجع ميراثًا، وهو معنى قوله: (وقيل: كالتي قبلها)، واستحسنه اللخمي؛ لأن المُوصَى له لم يقبل الوصية، وهذا كله مقيد بما إذا حمله الثلث، فإن لم يحمله خُيِّرُوا بين بيعه منه بوضيعة الثلث، أو خلع ثلث الميت.

(ص): **(ومن أَوْصَى بعتق عبد يُشْتَرَى لِتَطَوُّعٍ، أو ظهار، ولم يُسَمِّ ثمنًا، أُخْرِجَ بالاجتهاد على قدر المال)**

(ش): هو المشهور، ومذهب "المدونة" قال فيها: وليس من ترك مائة دينار كمن ترك ألفًا[١].

ابن القاسم في "المُوَّازِيَّة": وبذلك يحاص في الوصايا[٢].

وقال أشهب في "المُوَّازِيَّة": لا يُنْظَرُ إلى كثرة المال وقلته، ولكن يُشْتَرَى وسط من الرقاب، ولا ينظر لقدر المال، وبه يحاص، والقياس أن يحاص بأدنى الرقاب مما يجزئ في الظهار والقتل، والأول أحب إِلَيَّ كما قيل فيمن تزوج على خادم، فلأشهب رحمه الله قياس واستحسان، واختيار اللخمي قريب منه؛ لأنه قال: الوسط حسن مع عدم الوصايا، فأما إذا كانت وصايا وضاق الثلث، فإنه يرجع إلى أدنى الرقاب؛ لأن المعلوم من الميت أن يقصد إنفاذ وصايا جملة، فإذا علم أن المال لا يتسع إلى الأعلى، ولا إلى الأوسط، رجع إلى الأدنى ما خلا الرضيع والمعيب؛ لأنهما لم يقصدهما الميت[٣].

(ص): **(فإن سَمَّى يسيرًا، أو كان الثلث يسيرًا لا يبلغ ثمن رقبة، شُورِكَ به في عبد، فإن لم يبلغ، أُعِينَ به مكاتب في آخر نجومه)**

(ش)، أي: فإن سَمَّى يسيرًا، أو كان الثلث يسيرًا لا يبلغ ثمن رقبة، شُورِكَ به في عبد، وإن لم يبلغ، أُعِينَ به مكاتب في آخر نجومه، وهكذا في "المدونة"، وهو خاص برقبة التطوع، وكذلك ذكر ابن يونس وغيره، وهو ظاهر، ولعل المصنف اعتمد على ما

---

(١) انظر: المدونة: ٣٢٧/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٧٢/١٩.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٥٤١/١، والفواكه الدواني: ٨١/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥١٩/٨، وتهذيب المدونة: ١٧٩/١.

قدمه في الظاهر من منع الشركة.

اللخمي: ويطعم به في الظهار، فإن فضل عن الإطعام فضلة، فالفاضل لهم.

(ص): **(ولو اشترى فأعتق، فلحق دَيْن يستغرق المال، رجع العبد رِقًا، فإن لم يغترق فبحسابه، ولا يضمن الوصي ما لم يعلم)**

(ش)، يعني: ولو اشترى الوصي رقبة، فأعتقها عن الميت، ثم لحق الميت دَيْنٌ يستغرق المال[1].

ففي "المدونة": يرجع العبد رقًّا كما ذكر المصنف، وإن لم يستغرقه أُعْطِيَ صاحب الدَّيْن دَيْنه، ثم عتق من العبد بقدر ما بقي من ثلث الميت، وهذا معنى قوله: فإن لم يغترق فبحسابه، ولا يضمن الوصي إذا لم يعلم بالدَّيْن؛ لأنه قد اجتهد، ولم يكن عليه سوى ما صنع[2].

وفي "المُوَّازِيَّة": يمضي العتق، ويغرم الوصي، وهو مقتضى قول غير ابن القاسم في الوصايا الثاني؛ لأن فيه في المُوصِي أن يحج عنه بمرض لا يجزئ أن يحج عنه عبد، ولا صبي، أو من فيه علقة رق؛ إذ لا حج عليهم، ويضمن الدافع، إلا أن يظن أن العبد حر، وقد اجتهد ولم يعلم، فإنه لا يضمن.

وقال غيره: لا يزول عنه الضمان بجهله[3].

(ع): وهذا الذي قاله غيره هو الجاري على ما في كتاب الحج الثاني، وفي كتاب النذور: ولولا الإطالة لجلبناه، وقال في "الواضحة " في مسألة المصنف إذا علم الوصي وكان له مال، ضمن، وإن لم يعلم، أو علم، إلا أنه عديم، فلا ضمان إلا أن يرد العتق حتى يقضي الدَّين.

فرع

ولو اشترى الوصي يهوديًا، أو نصرانيًا، كان ضامنًا، وإن اشترى معيبًا لا يجزئ في الواجب، والعتق واجب.

فإن علم الوصي أنه للكفارة، ضمن، كان عمدًا أو خطأ، وإلا فلا.

(ص): **(ولو مات العبد بعد الشراء وقبل العتق، اشتُرِيَ آخر إلى مبلغ الثلث،**

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٢/١٢، والتلقين: ٢٢٣/٢.

(٢) انظر: الاستذكار: ٢٦٥/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٦/٢.

(٣) انظر: المدونة: ٣٦١/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٠/١٠.

ولذلك لو قُتِلَ، وَجَبَتْ قيمته)

(ش)، يعني: أن المشتري لا يكون حُرًّا بنفس الشراء، فلذلك إذا مات العبد بعد الشراء يلزمهم شراء آخر إلى مبلغ الثلث، وهو مذهب "المدونة" والمشهور، وبه قال أصبغ.

ولابن القاسم في "المُوَّازِيَّة": يشترون من ثلث ما بقي أبدًا، كأنه لم يكن مال إلا ما بقي.

وقال ابن حبيب: القياس ألا يرجع في بقية الثلث، واستحسن أن يشتري من بقية الثلث(١).

وقال ابن المَوَّاز: إن عزل ثلثه للوصية، وقسم الورثة الثلثين، كان عليهم بقية الثلث(٢).

اللخمي: ولا وجه لهذا؛ لأن الميت لم يوص بجزء، فيكون عليهم أن يقسموه، وإنما أَوْصَى بشراء رقبة لا غير ذلك. وقول ابن حبيب في هذا أحسن(٣).

وقوله: (ولذلك)، أي: ولأجل أن العبد لا يكون حُرًّا بنفس الشراء، بل حتى يعتقه الورثة، لم تجب على قاتله الدية؛ لأن أحكامه أحكام العبيد حتى يعتق، ووقع في بعض النسخ (كذلك). والأول أحسن.

محمد: ولو أخرج ثمن العبد، فسقط، فعليهم أن يشتروا عَبْدًا من ثلث ما بقي ما لم يتلف بعد القسم، وإنما يشتري إن بقي من ثلث الأول شيء، وهذا الكلام قريب مما في "المدونة" مخالف لما تقدم عند محمد.

ولو جَنَى العبد قبل عتقه، خُيِّرَ الورثة، فإما أسلموه واشتروا غيره من ثلث ما بقي، أو فدوه فأعتقوه هو أو غيره، فإن أسلموه فكأنه لم يكن أو مات، فيعتقون غيره من ثلث ما بقي، وإن فدوه فمن ثلث ما بقي لا أكثر، كأنهم ابتدوا شراءه، وذلك إن لم يكن قُسِّمَ الثلث.

وقال أصبغ: يرجع في إلى باقي الثلث الأول.

محمد: يريد إذا كان قد قُسِّمَ به، وقُسِّمَ للورثة بالثلثين، فينفذ لهم، ولا يرجع

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٤، ومنح الجليل: ٢٠/٤٧٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٢٩، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٤٨.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٥، وإرشاد السالك: ١/٢١٦.

عليهم بشيء في موت الرقبة ولا إسلامها؛ لأنه صار ضمان كل قسم من أهله.

محمد: وذلك بعد اقتسام المال والفراغ منه(١).

(ص): **(وإذا أَوْصَى بشاةٍ من ماله، أو ببعيرٍ، أو بعبدٍ؛ كان شريكًا بجزئها صغيرها وكبيرها، ضأنها ومعزها، ذكورها وإناثها)**

(ش)، أي: إذا أَوْصَى بشاة من ماله، أو ببعير، أو بعبد، أو نحو ذلك، وفي ماله غَنَم، أو إبل، أو عبيد، ويدل على أن مراد المصنف أن في ماله ذلك(٢).

قوله: (كان شريكًا يجزئها)، ولذكره مقابله بعد ذلك بقوله: (فإن لم تكن له غنم)، ومعنى بجزئها: أنه يكون شريكًا له بنسبة الشاة من سائر الغنم، فإن تُوُفِّيَ عن خَمْسٍ كان له الخُمْس، وعن عَشر فله العُشْر، وعن مائة فله عُشر العشر.

(خ): وفي هذه المسألة نظر؛ لأنه يبقى تحجيرًا على الورثة، لا سيما إذا كانت الشياه كثيرة، والأقرب أنه لا يكون شريكًا، بل تكون له شاة وسط(٣).

(ص): **(ولو لم يبق إلا شاة، أو عبد يعدل الجميع، فهو له إن حمله الثلث)**

(ش)، يعني: لو لم يبق في المسألة المتقدمة إلا العدد الذي سماه المُوصِي، فإنه للمُوصَى له، ولو كان الباقي يعدل جميع الهالك بشرط أن يحمل الثلث ما بقي، وخالف ابن الماجشون في هذا، ولم يوجب له إلا الجزء المُوصَى به من الباقي، والحاصل أن ابن القاسم اعتبر الشركة بالجزء مع الالتفات إلى العدد على الوجه الذي ذكره المصنف، وابن الماجشون اعتبر الجزئية أن له جزءًا، وألغى العدد(٤).

(ص): **(بخلاف ثلث غنمي، فتموت، أو تستحق كلها، أو بعضها)**

(ش)، أي: فلا يكون للمُوصَى له إلا ثلث ما بقي، وهذه المخالفة إنما هي على قول ابن القاسم، وأما على قول ابن الماجشون فلا.

(ص): **(فإن لم تكن له غَنَم، فشاة وسط)**

(ش)، يعني: فإن لم تكن له غنم في المسألة المفروضة، وهي ما إذا أَوْصَى له بشاة من ماله، ففي "الموازية" ما ذكره المصنف، لكن إنما قال في "المُوَّازِيَّة": له قيمة

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤١، والفواكه الدواني: ١/٨١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٧٨، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٣١.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٢٨، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٧٣.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٢٠، وتهذيب المدونة: ١/١٨٠.

شاة وسط، وظاهر كلام المصنف أنه تُشْتَرَى له شاة وسط[1].

(ص): (**فلو قال: شاة من غنمي فكذلك، فإن لم يكن له غَنَمٌ، فلا شيء له**)

(ش)، يعني: فإن أَوْصَى له بشاة من غنمه فكذلك، ولا يريد المصنف بالتنبيه أخذ شاة وسط، بل هو راجع إلى أصل المسألة، أي: يكون شريكًا بجزئها، وإن لم يكن له غنم، فلا شيء له[2].

(ص): (**كما لو أَوْصَى بعتق عبد من عبيده، فماتوا، أو استحقوا؛ بطلت كالعتق**)

(ش): شبه المصنف بشاة من غنمه فتموت في أنه لا شيء عليه، وتبطل الوصية بما إذا أَوْصَى بعتق عبد من عبيده، فماتوا، أو استحقوا أن الوصية تبطل، ويفهم من هذا التشبيه أنه لو استحقت الغنم فيما إذا أَوْصَى له بشاة أن الوصية تبطل أيضًا[3].

وقوله: (كالعتق)، أي: العتق المعين إذا قال: إذا مِتُّ فاعتقوا عبدي فلانًا، ثم مات فلان، أو استحق، ويحتمل أن يريد بقوله: (كالعتق) إذا أَوْصَى بعتق عبد من عبيده، وليس له عبيد.

(ص): (**ولو أَوْصَى بعددٍ سَمَّاه، فشريكٌ بالعدد المُسَمَّى، كشركة الواحد على المشهور، لا كشركة الثلث**)

(ش)، أي: إذا أَوْصَى بعشرة مثلا من عبيده، وعبيده خمسون، فإنه يكون شريكًا بالعدد المسمى كشركة الواحد، بمعنى: أنه يكون شريكًا بالجزء، وإن لم يبق إلا العدد المُسَمَّى، فهو له هذا المشهور.

وقال عبد الملك: يكون كشركة الثلث، أي: لا يكون له إلا بنسبة العدد المُوصَى به لغنمه، كما لو أَوْصَى له بالثلث، ولكن قَصْرَ المصنف الخلاف على العدد يوهم نفيه عن الواحد، وقد تقدم أن عبد الملك: خَالَفَ في الواحد[4].

(ص): (**وإذا ضاق الثلث، قُدِّمَ المُدَبَّرُ في الصحة**)

(ش): هذه المسألة متسعة، وقد أفرد لها عبد الحق تأليفًا، ومعنى كلام المصنف:

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٦، وإرشاد السالك: ١/٢١٨.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٢، والفواكه الدواني: ١/٨٣.

(٣) انظر: الاستذكار: ٧/٢٦٦، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥١٧.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٦٢، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٧١.

أنه إذا ضاق الثلث عما يجب إخراجه منه سواء كان وصية أو غيرها، فلا يُرَدُّ إذًا[١].

قول من قال: إن المدبر في الصحة ليس من جنس الوصايا، فلا يُذكر معها، ولا قول من قال: لم يذكر مؤنة الدفن وشبهها؛ لأن ذلك من رأس المال، ولم يعترض المصنف لصداق المنكوحة في المرض، والمشهور تقديم المدبر عليه نَظَرًا إلى كونه من تصرف الصحة، وقاله ابن القاسم.

ولابن القاسم قولان آخران:

أحدهما: تقديم الصداق، نَظَرًا إلى كونه معاوضة، ونَظَرًا إلى أن بعضهم يجيزه، ويقول: إن الصداق من رأس المال[٢].

الثاني: أنهما يتحاصان، ثم المدبرون في الصحة إن تعاقبوا، قُدِّمَ الأول فالأول، وإلا فالمشهور أنهم يعتق منهم بالحصص، وقيل: يُقرع بينهم.

(ص): (ثم الزكاة المُوصَى بها، إلا أن يعترف بحلولها حينئذ، وأنه لم يُخرجها، فمن رأس المال)

(ش)، يعني: ويخرج بعد ما تقدم الزكاة المُوصَى بها، والزكاة تعم زكاة العين والحرث والماشية، وزكاة الفطر، وهو مذهب ابن الماجشون، والمشهور خلافه، وهو أن زكاة المال مقدمة على زكاة الفطر، وقدم المدبر والمنكوحة على الزكاة؛ لأنهما معلومان، والزكاة لا يدري أصدق في بقائها أم لا؟ ولأنهما لمعين بخلاف غيرهما، وقُدِّمَتْ زكاة الأموال على زكاة الفطر على المشهور؛ لأن زكاة الفطر قد قيل بسنيتها.

وقوله: (المُوصَى بها)، يعني: وإن لم يوص فلا تخرج، ولو قال في مرضه: سأخرجها، إلا أن يعترف استثناء.

من قوله: (ثم الزكاة)، أي: إلا أن يعترف بحلول الزكاة، وأنه لم يخرجها، يريد: ويوصي بها فتكون من رأس ماله، هكذا قال ابن القاسم.

ورأى أشهب: أنها حينئذ من رأس المال، وإن لم يوص بها.

(ع): وهو أقرب إلى كلام المصنف. انتهى[٣].

وقد يقال: الأقرب إلى كلامه قول ابن القاسم؛ لأنه استثناء من الزكاة

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٣/١٢، والتلقين: ٢٢٤/٢.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٥/٢، ومنح الجليل: ٤٧٣/٢٠.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٣٠/٦، وشرح مختصر خليل: ١٤٩/٢٤.

المُوصَى بها[١].

(ع): وظاهر كلامه أيضًا أنه يكفي في هذا اعتراف المُوصِي، سواء عرف من هذا فأخرجها في مرضه، أو أمر بإخراجها ثم مات، فإنها من رأس المال.

وهذا الذي ذكرنا فيه قول ابن القاسم وأشهب إنما هو في زكاة العَيْنِ، وأما زكاة الحرث والماشية فإنها تخرج من رأس المال إذا لم يفرط فيها، إلا أن تيبس الثمرة وتطيب، ويجذها ويجعلها في الجرين ببلد لا ساعي بها، فالظاهر على قول ابن القاسم أنه لا يلزم الورثة إخراجها؛ لأنه لو أخرجها أجزأته، فكان ذلك كالعين المفرط فيها.

وأما إن لم تيبس، فيجب على الورثة إخراجها؛ لأنه لو أخرج الزكاة قبل الجذاذ لم تُجْزِهِ[٢].

ذكره عبد الحق، عن ابن مسلمة في "المبسوط"، قال: وما رأيت خلافه.

(ص): (ثم المبتل في المرض والمُدَبَّر فيه معًا)

(ش): ظاهر كلامه أن هذه المرتبة بعد ما تقدم، وفيه نَظَرٌ، بل الذي بعد زكاة الفطر على ما ذكره عبد الحق، وصاحب " المقدمات"، العتق في الظهار، وقتل النفس؛ لأن الزكاة لا عوض عنها، بخلاف عتق الظهار، وقتل النفس، فإنه عنهما عوضًا عند العدم.

فإن لم يحمل الثلث إلا رقبة واحدة، عبدالحق: فرأيت لأبي العباس الأبياني أنه يُقرع بينهما، وهو معنى "المدونة".

وذهب بعض القرويين إلى أنه يحاص، فما وقع للظهار أطعم به، وما وقع للقتل شُورك به في رقبة[٣].

وقيل: يُخَيَّرُ الورثة، فإن اختلقوا رجع إلى القرعة[٤].

وقيل: يبدأ بكفارة النفس، وذلك إذا لم يكن في الثلث إلا رقبة واحدة، فإن كانت فيه رقبة وإطعام ستين مسكينًا، أُعتقت الرقبة في القتل، وأُطعم عن الظهار اتفاقًا[٥].

وقيل: إذا لم يكن فيه إلا رقبة واحدة، وما لم يبلغ الإطعام، فإنه يبدأ بالظهار،

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٦/١، وإرشاد السالك: ٢١٨/١.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ٢٨٠/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٣٢/٢.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٥٤٢/١، والفواكه الدواني: ٨٣/١.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥٢٠/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٠/١.

(٥) انظر: الاستذكار: ٢٦٦/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٧/٢.

ويشرك فيما بقي في كفارة قتل النفس، ثم بعدها كفارة اليمين؛ لأنها مخير فيها، بخلاف كفارة الظهار والقتل، ثم كفارة الفطر في رمضان متعمدًا؛ لأن كفارة اليمين واجبة بكتاب الله، ثم كفارة التفريط في قضاء رمضان.

قال في "المقدمات": وهذا دليل ما في كتاب الصيام من "المدونة". وقيل: إن الإطعام لقضاء رمضان يبدأ على كفارة اليمين عند ابن القاسم، والأول أظهر. ثم النذر؛ لأن إطعام رمضان وَجَبَ بنص السنة، والنذر أدخله على نفسه، ثم المبتل في المرض والمدبر فيه[1].

وفي بعض النسخ: (ثم المدبر فيه مَعًا)، وليس بظاهر؛ لأن (ثم) منافية للمعية، والنسخة الأولَى أصح، وتسويتهما هو ظاهر المذهب، وقيل: يبدأ بالمبتل؛ لأنه لو صح، خرج من رأس المال. وقيل: يبدأ بالمدبر، وهذا الخلاف مقيد بما إذا كانا في فور واحد.

ابن القاسم: ولو بدأ بأحدهما، ثم ذكر الآخر، بُدِئَ بالأول؛ لأنه ثبت له ما لا يرجع فيه.

أشهب: والكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظ الواحد.

وقال ابن القاسم: ما كان في كلمة واحدة وفور واحد، فهما مَعًا، وما كان في فور بعد فور، فالأول مبدأ.

عبد الملك: وإن بتل المريض، عتق عبده، وعتق من آخر نصفه، فالمعتق جميعه يبدأ، ويبدأ استتمام ذلك النصف على المُوصَى بعتقه الذي له أن يرجع فيه، وهذا شيء يلزمه[2].

(ص): **(ثم المُوصَى بعتقة مُعَيَّنًا عنده، أو يُشْتَرَى)**

(ش): ألحق بهذين عبد الحق، وصاحب " المقدمات": المُوصَى بعتقه إلى أجل قريب، كالشهر ونحوه، أو على مال فعجله على مذهب ابن القاسم.

زاد ابن رُشد: والمُوصَى بكتابته إذا عجل الكتابة[3].

وقال أشهب: المُوصَى بعتقه، أو بشرائه للعتق يبدأ على المعتق إلى أجل قريب،

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٣/١٢، والتلقين: ٢٢٤/٢.

(٢) انظر: المدونة: ٣٦٢/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧١/١٠.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٥/٢، ومنح الجليل: ٤٧٣/٢٠.

وعلى المُوصَى بعتقه على مال، وإن عجل المال، وعلى المُوصَى بكتابته وإن عجل الكتابة، وقيل: المُوصَى بعتقه معينًا يبدأ على المُوصَى بشرائه للعتق[(١)].

وحكى عبد الوهاب في "المعونة": أن الوصية بالعتق المعين تبدأ على الزكاة.

قال في "المقدمات": وهو بعيد في القياس، ووجهه اتباع ظاهر الحديث أنه عليه الصلاة والسلام: "أمر بتبدئة العتق على الوصايا، فعم ولم يخص".

(ص): **(ثم المكاتب)**

(ش)، يعني: أن المُوصَى بكتابته يلي من قدم ذكره، وهذا مذهب "المدونة".

وقدم عبد الملك: عليه المعتق إلى أجل، وإن بعد الأجل.

محمد: لأنه لا يخاف عليه العجز.

وقال في "المُوَّازِيَّة": يتحاصان إذا كان الأجل سَنَة ونحوها.

وقدم عبد الحق المعتق إلى سنة عليه، وجعله يتحاص مع المعتق إلى أجل بعيد، كالعَشر سنين، ومع المعتق على ما فلم يعجله.

قال في "المقدمات": ويقدم المُوصَى بعتقه إلى سنة على المُوصَى بعتقه إلى سنتين.

وقيل: أن المُوصَى بعتقه إلى سنتين مبدأ على المُوصَى بعتقه لسنة.

(ص): **(ثم المُوصَى بعتقه غير معين والحج مَعًا، وقيل: ثم الحج)**

(ش): وقوله: (والحج)، أي: الصرورة، وأما غير الصرورة فيبدأ بالعتق باتفاق، إلا ما نقله عياض، عن أصبغ من التساوي.

والقول الأول: مذهب "المدونة"[(٢)].

والقول الثاني: أظهر؛ لتشوف الشرع إلى العتق، وكراهة الوصية بالحج عندنا.

عبد الحق: وعليه فإذا كان هناك وصايا تحاص الثلاثة، فما ناب الحج كانت الرقبة أَوْلَى به[(٣)].

وزاد ابن رشد قولين آخرين، أحدهما: أن الحج يبدأ، ثم يتحاص المال والعتق.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٣٠، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٤٩.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٢٩، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٧٣ وما بعدها.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٦، وإرشاد السالك: ١/٢١٨.

وقيل: يبدأ بالعتق، ويتحاص المال والحج[1].

(ع): وانفرد ابن وهب بتقديم وصية الصرورة بالحج على الرقبة المعينة. انتهى.

وحكى ابن زرب: أن الشيوخ أجمعوا على أن الوصية بالحج تبدأ على كل شيء المدبر وغيره، حكاه في "المقدمات".

وأخر عبد الملك الزكاة المُوصَى بها على المدبر في المرض، ووجهه: أن المُوصِي بالزكاة له أن يرجع، بخلاف المبتل والمدبر في المرض.

وفي "المجموعة": أن الزكاة تبدأ على المدبر في الصحة. وقيل: إنها بعد العتق المعين وقبل الوصايا. وقيل: إنها مع الوصايا.

(ص): (**ويُقَدَّمُ الواجبُ على التطوع**)

(**ش**): لما رأى أن ما ذكره من الفروع لا يعم جميع ما ذكره الشيوخ، أراد أن يذكر ما يجري مجرى الكليات.

(ع): وهو ظاهر إن كان الواجب والتطوع من جنس واحد، كالعتق في رقبتين أحدهما واجبة، والأخرع تطوع، وإن كانا من جنسين، فهو خلاف النقل في كثير من المسائل، فقد قدم الأكثرون المدبر في الصحة على الزكاة، وقدم عبد الملك عليها المدبر في المرض[2]. انتهى.

وأجيب: بأنا لا نسلم أن المدبر تطوع؛ لأنه وجب بالتدبير[3].

(ص): (**والعتق المُعَيَّن على المطلق**)

(**ش**): هذا مستفاد من قوله: (ثم المُوصَى بعتقه معينًا عنده، أو يُشْتَرَى، ثم المكاتب بعينه، ثم المُوصَى بعتقه غير معين)، ولعله ذكره ليرتب عليه ما بعده، وهو قوله[4].

(ص): (**وفي العتق المطلق مع مُعَيَّنٍ غيره قولان، قال ابن القاسم: يتحاصان**)

(ش)، يعني: إذا أَوْصَى بعتق غير معين، وبمال لرجل معين، فقال ابن القاسم: يتحاصان.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٩٤، والتلقين: ٢/٢٢٥.

(٢) انظر: الاستذكار: ٧/٢٦٧، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥١٨.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٢١، وتهذيب المدونة: ١/١٨١.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٦، ومنح الجليل: ٢٠/٤٧٤.

ابن يونس: ولم يختلف قوله في ذلك.

وقال غيره: يقدم العتق؛ لتشوف الشرع إليه[1].

(ص): **(وفي معين غيره مع جزء ثالثها، قال ابن القاسم: يتحاصان)**

(ش): المراد بالمُعَيَّن: العدد المُسَمَّى، كعشرة دنانير، ونحوها مع جزء، أي: كثلث، أو ربع، والثلاثة الأقوال حكاها عبد الوهاب وغيره.

وقول ابن القاسم هو مذهب "المدونة"، هكذا مشى هذا المحل (ر)، و(ع)، وغيرهما، ويحتمل من حيث اللفظ مع جزء عتق، ويكون الكلام السابق في العتق الكامل، لكن يحتاج إلى نقل يعضده[2].

قال في "المقدمات": وكان أبو عمر الإشبيلي رحمه الله يرى تبدئة ما أَوْصَى به في فك أسير على جميع الوصايا المدبر في الصحة وغيره، ويحتج لذلك برواية أشهب، عن مالك في كتاب الجهاد، وحكى ذلك عنه ابن عتاب، وقال: إن الشيوخ أجمعوا على ذلك، وهو صحيح، وهذا الفصل متسع جدًا، ولذلك احتمل التواليف، وتعرض الشعراء لنظمه، فمن ذلك قول بعضهم:

صداق المريض في الوصايا مقدم ... ويتلوه ذو التدبير في صحة الجسم
وقيل هما سيان حكمهما معًا ... وقيل بذي التدبير يبدأ في الحكم
وإن ضيع المُوصِي زكاة فإنها ... مبداة من بعد هذين في النظم
وكفارتان بعدها لظهاره ... وللقتل وهما لا بعمد ولا جرم
ويتلوهما كفارة الحلف وتوبعت ... بكفارة المُوصِي عن الصوم، أي: للصرم
ونذر الفتى تال لما قد قصصته ... وما بتل المُوصِي ودبر في القسم
هما يتلوان النذر ثم وصاية ... يعتق الذي في ملكه يا أخا الفهم
مع المُشْتَرَى من مالكٍ زِيدَ معينًا ... ليعتق عنه النجاة من الإثم
وما أعتق المُوصِي لتوقيت حينه ... كشهر ونحو الشهر من أجل حتم
وإذا كان عتق بعد مال مؤجل ... فعجله ذو العتق قبل إنقضا القسم

(١) انظر: المدونة: ٣٦٣/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٢/١٠.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٣١/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥١/٢٤.

يساوي بهم عند الحصاص حقيقة	كذا حكمهم يا صاح في موجب الحكم
وبعدهم ما كان عتقًا مؤجلا	ببعد من التأجيل في مقتضى الرسم
فذلك مع المُوصَى به لكتابة	ومن كان بعد المال بعتق بالغرم
يبدأون قبل المُشْتَرَى لعتاقه	بلا نص تعيين عليه ولا جسم
ومن بعد الحج المُوصَى بفعله	وقيل هما سيان في مقتضى الحكم
وهذي المبادئ نظمها نظم لؤلؤ	فدونكما نظمًا صحيحًا بلا وهم

ونص ابن زرقون على أن زكاة الفطر مبدأة على الظهار، وقتل الخطأ؛ لأنها قد قيل بفرضيتها، والظهار والخطأ هو الذي أدخله على نفسه.

قال: والمشهور أن عتق المريض وتدبيره بعد كفارة فطر الصيام[1].

(ص): **(ولو اشترى ابنه في مرضه، جاز، وعتق، وورث، فإن كان معه غيره بُدِّيَ بالابن)**

(ش): خص الابن تبعًا لـ " لمدونة " على سبيل المثال، لا على سبيل الاختصاص، فإن مذهب مالك وابن القاسم: أن للمريض أن يشتري في مرضه من يعتق عليه بثلث ماله، كان ابنًا، أو أخًا، أو أبًا.

وقال أشهب: مرة في الولد، والأب، والأم، والإخوة، والأجداد يعتقون من رأس المال[2].

وقال مرة: ذلك إذا لم يكن معهم وارث، فإذا كان له وارث، فليس له أن يشتري الولد وغيره إلا بثلث ماله[3].

ولابن الماجشون قولان آخران:

أولهما: في "الواضحة " أنه يجوز له أن يشتري ابنه خاصة، ولو بجميع ماله ويرثه؛ لأنه له استلحاقه، ولا يجوز له أن يشتري غيره، لا أبًا، ولا أُمًّا، ولا أخًا؛ لأنه لا يستلحقهم[4].

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٦، وإرشاد السالك: ١/٢١٨.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٨١، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٣٣.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٣، والفواكه الدواني: ١/٨٤.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٩٤، والتلقين: ٢/٢٢٥.

ابن رشد: يريد إلا بثلث ماله، ولا يرثه.

وثانيهما: في "الثمانية " أنه يشتري الولد، وولد الولد خاصة بجميع المال، كان له ولد آخر، أو لم يكن، ويلحقهم بولده.

وقال ابن وهب في "العُتْبِيَّة": إن كان المشتري يحجب من كان يرث حتى يصير جميع الميراث له، كان أحق أن يشتريه بجميع المال، ويرث إن كان بقي شيء، وإن كان ثَمَّ من يشركه في الميراث، لم يشتره إلا بالثلث، ولم يرث؛ لأنه إنما يعتق بعد موت المشتري، وقد صار الملك لغيره.

وقال ابن القاسم: إن اشترى أخاه في المرض ورثه، إن حمله الثلث، وإلا عتق منه محمل الثلث معجلا.

وقال أصبغ: لا يرثه إلا أن تكون له أموال مأمونة.

وقوله: (جاز)، أي: الشراء، ومذهب ابن القاسم أنه من الثلث، خلافًا لابن الماجشون في كونه من رأس المال، كما تقدم[1].

وقوله: (عتق)، أي: من الثلث، وورث، وهذا مذهب ابن القاسم، وقد يُقَالُ: إرثه مشكل؛ لأن ما يخرج منه إنما ينظر فيه بعد الموت، فإذًا لا يتم العتق إلا بعد الموت، فكيف يرث وهو إنما حدث له شرط الميراث بعد الموت؟ ويُجَابُ عنه: بأنا لا نسلم أنه إنما يعتق بعد الموت، بل يعتق ناجزًا إذا كان له مال مأمون، أو يكون موته كشف أن العتق كان وَجَبَ له قبل موته بحمل الثلث له، فلذلك ورث[2].

ابن القاسم: وإن لم يحمله الثلث، عتق منه محمل الثلث، ولم يرث[3].

وقال أصبغ: لا يرثه وإن حمله الثلث؛ لأنه لا تتم حريته إلا بعد موت الميت، إلا أن يكون للميت أموال مأمونة من عقار وغيرها، فيرث ويورث[4].

واختار اللخمي: عدم إرثه مُطْلَقًا؛ لأنه إن لم يكن له مال مأمون، لم يتم العتق إلا بعد الموت، وإن كان له مال مأمون، كان ذلك إخراجًا للأول عن الميراث، أو عن بعضه إن كان ثَمَّ من يشركه، قال: وقد يستخف إرثه إذا كان ماله مأمونًا للاختلاف في

---

(١) انظر: الاستذكار: ٢٦٧/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٨/٢.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٦/٢، ومنح الجليل: ٤٧٤/٢٠.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٢١/٨، وتهذيب المدونة: ١٨١/١.

(٤) انظر: المدونة: ٣٢٩/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٧٣/١٩ وما بعدها.

تزويج المريض، وهو إدخال وارث.

وللإشكال المتقدم استقل ابن عبد الحكم في "الموازية" الميراث، قال: وكيف يرثه؟ وهو لو أعتق عبدًا، لم تتم حريته حتى يُقَوَّمَ من الثلث بعد موت السيد، إلا أن يكون له مال مأمون، إلا إن استسلم لقول مالك.

فإن قيل: فما الفرق على قول ابن القاسم بين هذا وبين نكاح المريض، والجامع بينهما إدخال وارث؟

وقيل: سبب الولد مقدم، والزوجة طارئة.

وقوله: (فإن كان مع الابن غيره، بُدِئَ بالابن) يحتمل أن يريد: فإن اشترى مع الابن غيره ممن يعتق عليه بدئ بالابن، وعلى هذا مَشَّاه (ع).

ويحتمل أن يريد: فإن كان مع الابن معتق غيره، كما لو أعتق عبدًا له في مرضه، واشترى ابنًا له، فأعتقه وقيمته الثلث[1].

قال في "المدونة": والابن مبدأ، ويرثه كما لو اشتراه صحيحًا، وهذا الثاني أرجح، المسألة كذلك في "المدونة"، و"الجواهر".

قال في "المدونة": في تعليل بداءة الابن؛ لأن مالكًا لما جعله وارثًا، كان كمن اشتراه صحيحًا[2].

ابن يونس: وفي هذا الاحتجاج نظر؛ لأنه إذا كان كمعتق في الصحة، فيجب أن لو بتل عتق عبده واشترى ابنه، أن الابن يبدأ، وفي هذا رجوع عن التبتيل، وهو لا يقدر أن يرجع، وإنما الحجة فيه أنه كمن بتل عتقه في مرضه؛ لأنه لو صح لم يكن له الرجوع فيه، وإنما وَرَّثَهُ استحسانًا؛ لأنه لم يزل حُرًّا من يوم اشترائه، ألا ترى أن المبتل في أحد القولين إذا اغتل غلة بعد التبتيل أنه يُقَوَّمُ وحده في الثلث، فكأن العلة لم تكن يوم التبتيل. انتهى[3].

وتمشية (ع): أظهر من جهة اللفظ، لكن النقل لا يساعدها على ظاهر إطلاقها؛ لأنه إن كان واحدًا بعد واحد، فإنه يبدأ بالأول، وإن كان صفقة، فقال أشهب: على قياس قول مالك: يتحاصون. وفي قولي: أبدي الابن فأعتقه، وإن كان أكثر من الثلث وأورثه.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٣١/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥١/٢٤.

(٢) انظر: المدونة: ٣٦٣/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٢/١٠.

(٣) انظر: المدونة: ٣٢٩/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٧٣/١٩ وما بعدها.

ابن يونس: يريد على مذهبه الذي يرى أنه يشتريه بجميع المال إن لم يكن معه وارث.

محمد: بل إن حمله الثلث، بُدِئ به وعتق، وإن بقي من الثلث شيء، عتق فيه الأخ، أو ما حمل منه، وإن اشترى أخاه أولا، فإن لم يحمله الثلث، عتق منه محمل الثلث، وعتق الابن في بقية ماله، وورثه إن خرج كله، وإن لم يخرج كله لم يعتق منه إلا بقية الثلث بعد الأخ.

وقاله أيضًا أشهب، وقال في "رواية البرقي": إذا كانا في صفقة، تحاصا.

وقال ابن القاسم: إذا اشترى أخاه في مرضه، عتق منه محمل الثلث معجلا، ورق ما بقي، وإن صار إلى أن يعتق عليه، عتق بقيته. انتهى(١).

(ص): **(ولو أَوْصَى بشراء ابنه بعد موته، اشترى وعتق من ثلثه، وإن لم يقل: واعتقوه)**

(ش): لأن هذا مدلول الوصية عُرفًا(٢).

(ع): ولا خلاف أنه لا يرث هنا شيئًا(٣).

وقوله: (بشراء ابنه)، يريد: وكذلك كل من يعتق عليه، وفرضها في "المدونة": في الأب، وفي "المُوَّازِيَّة": في الأخ.

(ص): **(ولو أَوْصَى بعتق كل عبد له مسلم، لم يُعتق إلا من كان مسلمًا يوم الوصية)**

(ش): هذه مسألة "المدونة"، وأغفل المصنف منها: وله عبيد مسلمون ونصارى، ولا بد منه؛ إذ لو لم يكن في عبيده يوم الوصية مسلم، لدخل فيها من أسلم من عبيده، أو اشتراه مسلمًا، قاله محمد(٤).

ونص "المدونة": وإن قال في وصيته: إن مت، فكل مملوك لي مسلم حر، وله عبيد مسلمون ونصارى، ثم أسلم بعضهم قبل موته، لم يعتق إلا من كان مسلمًا يوم الوصية، واستشكلت المسألة لمخالفتها لما علم من أصلهم أن المعتبر في الوصية يوم

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ٢٨١/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٣٣/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٥٤٣/١، والفواكه الدواني: ٨٤/١.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٦/١، وإرشاد السالك: ٢١٨/١.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٤/١٢، والتلقين: ٢٢٥/٢.

تنفيذها، فيما ينطلق عليه الاسم من الخروج من الثلث، ولهذا قال التونسي: ولعله فهم منه إرادة عتق هؤلاء بأعيانهم، قال: وإن لم يكن قصد في ذلك، فالأشبه دخول من أسلم في الوصية على الأصل، واختلف فيمن اشترى من المسلمين بعد الوصية، فقال ابن القاسم: يدخلون، وقال أصبغ: لا يدخلون.

(ص): **(وإذا أَوْصَى بنصيب ابنه أو بمثله، فإن كان له ابن واحد، فالوصية بالجميع، أو بقدر ما بقي، وإن كان له ابنان فالنصف، وإن كانوا ثلاثة فالثلث، وعلى هذا، وقيل: يقدر زائدًا)**

(ش)، يعني: إذا أَوْصَى بنصيب ابنه أو بمثله، فهما سواء، وهكذا ذكر ابن شاس، وفيه نَظَرٌ، والخلاف إنما هو منقول إذا قال: بمثل نصيب ابني[1].

فقال مالك، وابن القاسم، وأشهب، وأصبغ: أنه إذا أَوْصَى له بما لابنه، فإن كان واحدًا فقد أَوْصَى له بجميع المال، إن لم يكن معه وارث، وإن كان مع الابن وارث، فقد أَوْصَى له بجميع ما بقي للابن، وهذا معنى قوله: (فالوصية بالجميع، أو بقدر ما بقي)، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف، وإن كان له ثلاثة فالوصية بالثُّلُث، وإن كان له أربعة فالوصية بالرُّبْع، وإن كان له خمسة فالوصية بالخُمس، وأهل الفرائض يقدرونه زائدًا، فإذا لم يكن له إلا ولد، فتكون الوصية له بالنصف، وإن كان له اثنان فالوصية بالثلث، والمشهور أقرب إلى لفظ المُوصِي، والشاذ أقرب إلى قصد المُوصِي عُرْفًا، إذ القصد من ذلك عُرْفًا إنما هو التشبيه، لا إحرام الوارث، وأما إذا قال: له نصيب ولدي، فنص أبو الحسن: على أن الفرضيين يوافقون مالكًا، وعلى هذا فلا يقدر بالاتفاق، ونحوه لـ (ع).

وقال اللخمي: وإذا خلف الميت ثلاثة من الولد، وأَوْصَى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه، كان له الثُّلُث، وإن كانوا أربعة فالرُّبع، وإن كانوا خمسة فالخُمس، وهذا قول مالك[2].

وقال ابن أبي أويس[3] في "ثمانية أبي زيد": له السُّدس إن كانوا خمسة. وإن كان

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٦، ومنح الجليل: ٢٠/٤٧٤.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٢١، وتهذيب المدونة: ١/١٨١.

(٣) هو إسماعيل بن عبد الله بن عبد الله بن أويس بن مالك بن أبي عامر، الأصبحي، أبو عبد الله بن أبي أويس المدني، حليف بني تيم بن مرة، وهو أخو أبي بكر عبد الحميد بن أبي أويس، وابن =

قال: أنزلوه منزلة أحد ولدي، أو اجعلوه كأحدهم، كان له السُّدس قولا واحدًا، كذلك لو قال: له نصيب أحد ولدي، ولم يقل: مثله. انتهى.

فانظر قوله: (وكذلك) هل أراد التشبيه بالجملة الأخيرة المتفق عليها، فتكون عكس كلام أبي الحسن، أو أراد التشبيه بالخلاف، فيكون موافقًا لكلام المصنف، ومناقضًا لكلام أبي الحسن، أو يكون تشبيهًا في قول مالك الأول فقط، ولا إشكال على القولين أن للورثة أَلا يجيزوا ما زاد على الثُّلُث[1].

(ص): **(وفي أَلْحِقُوه بولدي، أو اجعلوه وارثًا مع ولدي وشبهه؛ يُقَدَّرُ زائدًا بالاتفاق)**

(ش)، يريد: بشبهه فلان من عدد ولدي، أو ألحقوه بميراثي، أو وَرِّثُوه من مالي، نَصَّ عليه محمد.

فرع

واختُلِفَ إذا أَوْصَى بمثل نصيب أحد بنيه وترك رجالا ونساء، على أربعة أقوال:

=

أخت مالك بن أنس.

قال المزي: قال أبو طالب، عن أحمد بن حنبل: لا بأس به. وكذلك قال عثمان بن سعيد الدارمي، عن يحيى بن معين.

وقال أبو بكر بن أبي خيثمة، عن يحيى بن معين: صدوق ضعيف العقل، ليس بذاك، يعني أنه لا يحسن الحديث، ولا يعرف أن يؤديه، أو يقرأ من غير كتابه. وقال معاوية بن صالح، عن يحيى: أبو أويس وابنه ضعيفان. وقال عبد الوهاب بن أبي عصمة، عن أحمد بن أبى يحيى، عن يحيى بن معين: ابن أبي أويس وأبوه يسرقان الحديث.

وقال إبراهيم بن عبد الله بن الجنيد، عن يحيى: مخلط، يكذب، ليس بشيء. وقال أبو حاتم: محلة الصدق، وكان مغفلا. وقال النسائي: ضعيف. وقال في موضع آخر: ليس بثقة. وقال أبو القاسم اللالكائي: بالغ النسائي في الكلام عليه، إلى أن يؤدى إلى تركه، ولعله بان له ما لم يبن لغيره، لأن كلام هؤلاء كلهم يؤول إلى أنه ضعيف

و قال أبو أحمد بن عدي: وابن أبي أويس هذا روى عن خاله مالك أحاديث غرائب، لا يتابعه أحد عليه، وعن سليمان بن بلال، وغيرهما من شيوخه، وقد حدث عنه الناس، وأثنى عليه ابن معين، وأحمد، والبخاري يحدث عنه الكثير، وهو خير من أبيه أبي أويس. قال أبو القاسم: مات سنة ست، ويقال في رجب سنة سبع وعشرين ومائتين. وروى له الباقون سوى النسائي. انظر: تهذيب التهذيب: ١/٣١.

(١) انظر: الاستذكار: ٧/٢٦٧، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥١٨.

الأول: قول مالك: يقسم المال على عدد رءوسهم، الذكر والأنثى سواء، ويُعطى حظ واحد منهم، ثم يقسم ما بقي على فرائض الله، لكن إنما فرض المسألة في "المدونة" إذا قال: له نصيب أحد ورثتي.

الثاني: أنه كرجل من ولده.

الثالث: أنه يزاد سهمه على السهام، ويكون له.

وقال ابن زياد: يكون له نصف نصيب رجل ونصف نصيب أنثى، هكذا حمل ابن زرقون هذه الأقوال، والمعتبر هنا في عدد الأولاد من كان موجودًا يوم موت المُوصِي، ولا ينظر إلى من زاد فيهم بعد الوصية، ولا من مات، رواه أشهب، عن مالك[١].

ابن القاسم: وإن أَوْصَى بمثل نصيب أحد ولده، ولا ولد له، وجعل يطلب الولد، فمات ولم يولد له، فلا شيء للمُوصَى له[٢].

(ص): (**ولو أَوْصَى بمثل نصيب أحد ورثته، فله جزء مُسَمًّى بعدد رءوسهم**)

(**ش**): تصوره ظاهر، فإن كان عدد ورثته عشرة فله العُشر، أو تسعة فله التُّسع، ولا التفات إلى اختلاف ما يستحقه كل واحد.

(ص): (**وإذا أَوْصَى بسهم، أو جزء، فقيل: سهم من فريضته. وقيل: الثُّمن. وقيل: السُّدس. وقيل: الأكثر منهما**)

(ش)، يعني: أنه اختُلِفَ إذا أَوْصَى بجزء، أو سهم على أربعة أقوال[٣]:

الأول لأصبغ: أن له سهمًا مما تنقسم عليه الفريضة من غير وصية، قَلَّت السهام، أو كَثُرَت، واختاره ابن عبد الحكم، ومحمد، وذكر أن عليه جُلَّ أصحاب مالك.

الثاني لأشهب: له الثُّمن؛ لأنه أقل سهم ذكر الله تعالى من الفرائض.

والقول الثالث: إنه يُعْطَى السُّدس، ورَأَى أنه أقل السهام، والثُّمن إنما يستحق بالحجب.

والقول الرابع: أن له الأكثر منهما، أي: من السُّدس، وسهم من سهام الفريضة، ونَقَّصَ المصنف من هذه الأقوال؛ لأن الذي نقله صاحب " النوادر " وغيره أن في المسألة قولا بأنه يُعْطَى سَهْمًا من سهام الفريضة ما لم يزد على الثلث، فيرده الورثة إلى

---

(١) انظر: المدونة: ٣٦٣/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٢/١٠.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٣١/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥١/٢٤.

(٣) انظر: المدونة: ٣٢٩/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٧٣/١٩ وما بعدها.

الثُّلث، أو ينقص من السُّدس، فلا ينقص من السُّدس؛ لأنه أصل ما تُقَوَّم منه الفرائض، وعلى القول بأنه يُعْطَى سَهْمًا من سهام الفريضة، فلو كان أصل الفريضة من ستة، وهي تعول إلى عشرة، فله سهم من عشرة، وقيل: يُعْطَى سَهْمًا ما لم يزد على الثلث، وما لم ينقص عن السُّدس[1].

ابن القاسم: يُعْطَى سَهْمًا من الفريضة. فإن لم يكن له وارث، أُعْطِيَ السُّدس، ومثله لأشهب، إلا أنه قال: إذا لم يكن له وارث يُعْطَى الثُّمن[2].

(ص): (**ولو أَوْصَى بضِعْفِ نصيب ابنه، فلا نَصَّ، فقيل: مثله. وقيل: مثلاه**)

(ش)، أي: لا نص عن مالك وأصحابه المتقدمين، هكذا قال القاضي أبو الحسن: لست أعرف حكمها منصوصة، غير أني وجدت لبعض شيوخنا أنه مثل نصيب ولده مرة واحدة، فإن قال: ضعفين، فمثل نصيبه مرتين، ثم حكى عن أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنهما أنهما يقولان: ضعف النصيب: مثله مرتين، قال: وهو أقوى من جهة اللغة. انتهى[3].

وفيه نَظَرٌ، ففي "الجَوْهَرِي": ضعف الشيء مثله، وضعفاه مثلاه، وأضعافه أمثاله. نعم هو أقوى من جهة العُرف، وانظر كيف عده المصنف قولا، وإنما أشار ابن القصار إلى قوته من حيث اللغة.

(ص): (**ولو أَوْصَى بمنافع عبد وُرِثَتْ عنه، وقال أشهب: لورثة المُوصِي، أما إذا بَيَّنَ المُوصِي أحدهما أُتْبِعَ**)

(ش)، أي: إذا أَوْصَى بمنافع عبد لفلان، وأطلق ولم يقيدها بأجل، ولا بحياة المُوصَى له، ولا بحياة العبد، فحمله ابن القاسم في "المدونة" على ظاهره من حياة العبد، فلذلك إذا مات المُوصَى له، يكون لورثته ما بَقِيَ من خدمته.

قال في "المدونة": إلا أن يُسْتَدَل من قوله أنه إنما أراد حياة المخدم، وحمله أشهب على مجازه حياة المُوصَى له، ورَأَى أن المُوصِي لو أراد ما قال ابن القاسم، لكانت عطية الرقبة، والفرض عدمه.

واختار اللخمي وغيره الأول؛ لأن الأصل حمل الكلام على حقيقته، وما اعتقد أنه

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٣، والفواكه الدواني: ١/٨٤.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٦، وإرشاد السالك: ١/٢١٨.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٨١، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٣٣.

مانع فليس بمانع؛ لأنه يصح بقاء الرقبة على ملك ربها للجناية، وانتزاع المال، أو ليرى صنيعه فيه، أو يبقيه في يده كالحبس؛ لئلا يتلفه[١].

أما لو بَيَّنَ المُوصِي أحدهما، أي: حياة العبد، أو حياة فلان، فإنه يتبع، ولا خلاف فيه[٢].

ابن المواز: ولو قال في وصيته: يخدم عبدي فلانًا، ثم مات، ولم يكن وَقَّتَ وقتًا، فليس بين أصحابنا اختلاف علمته إن ذلك حياة المخدم. قال: وهو إن شاء الله قول ابن القاسم، وأشهب[٣].

(ص): (**ولو وَقَّتَهُ بزمان محدود، كان للوارث في بيعه ما للمُسْتَأْجَرِ**)

(ش)، يعني: لو وَقَّتَ المُوصِي الانتفاع، وأعاد الضمير على ما فُهِم من قوله: (بمنافع عبد بزمان محدود)، فأراد وارث المُوصِي بيعه واستثناء المدة المُوصَى بها، فإن لهم في بيعه ما للمالك في العبد المؤجر، فإن كانت المدة قريبة، أو بقي منها قريب كاليومين جاز، وإن كانت بعيدة فليس لهم ذلك[٤].

فقولهم: (المستأجَر) هو بفتح الجيم اسم مفعول، واحترز بالزمان المحدود مما لو أَوْصَى بخدمته أبدًا، أو إلى عمر أحدهما، فإن الوارث حينئذ لا يملك بيعه.

ويحتمل أن يريد المصنف: كان لورثة المُوصَى له أن يبيعوا من المنافع التي للمُوصَى له ما كان للمستأجِر، بكسر الجيم، ويكون على هذا شبه بالمستأجِر؛ تنبيهًا على دليل الجواز في مسألة الوصية؛ لأن كثيرًا من المخالفين منعوا البيع في مسألة الوصية، ووافقوا عليه في مسألة الاستئجار، ثم هذه المسألة على هذا الوجه مقيدة بغير عبد الحضانة.

ففي "المدونة": وإن أخدمت عبدك رجلا أجلا مُسَمًّى، فمات الرجل قبل انقضاء الأجل، خدم العبد ورثته بقية الأجل إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة، وإنما هو من عبيد الخدمة.

واحترز بزمن محدود مما لو وقته بزمن غير محدود، كما لو أخدم رجلا

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٢١/٨، وتهذيب المدونة: ١٨١/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٤/١٢، والتلقين: ٢٢٥/٢.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٦/٢، ومنح الجليل: ٤٧٤/٢٠.

(٤) انظر: الاستذكار: ٢٦٧/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٨/٢.

حياته عبدًا.

قال في "المدونة": فليس له أن يبيع من خدمته إلا مدة قريبة، كسنة، أو سنتين. قال: أو أمدًا مأمونًا.

ثم فَرَّقَ بينه وبين ما أجازه مالك من كراء العبد عشر سنين، بأن السيد إذا مات، لَزِمَ ورثته بقية المدة، بخلاف المخدم بموت، فإنه يرجع لورثة المالك، فإن قلت: الحمل الثاني أقرب لموافقة "المدونة"، قيل: لا نسلم، بل الأول أقرب لكلامه(١).

أما أولا: فلأن المسألة في "الجواهر " عليه، ويغلب على الظن اتباع المصنف له.

وأما ثانيًا: فلقول المصنف: بيعه، وظاهره بيعه بنفسه، لا بيع منافعه(٢).

وأما ثالثًا: فلأنه يكون أخل بتقييد المسألة، كما تقدم(٣).

وأما رابعًا: فلأن الوارث في المسألة التي بعد هذه ورثة المُوصِي، فالمناسبة تقتضي حمل الوارث في المسألتين على شيء واحد، وهي قوله.

(ص): **(فإن قُتِلَ العبد عمدًا، فللوارث القصاص، أو القيمة، ولا شيء للمُوصَى له)**

(ش)، يعني: لو قُتِلَ العبد المُوصَى بخدمته **عمدًا** فلوارث **المُوصِي القصاص**، أو أخذ القيمة؛ لأنه المالك للرقبة، ولا كلام **للمُوصَى له**؛ لأن حقه إنما كان في المنفعة، وقد ذهبت، وقيده بالعمد، وإن كان الخطأ مساويًا له في وجوب القيمة؛ لقوله: (القصاص)، والخطأ إنما فيه **القيمة** فقط، و**القصاص** مخصوص بما إذا كان قاتل العبد مكافئًا له، وأما لو كان قاتله حُرًّا فتتعَيَّن **القيمة** كالخطأ.

سحنون: ولم يختلف في هذا قول مالك، واختلف فيه أصحابه.

وقال محمد: لم يختلف فيه قول مالك، ولا أصحابه(٤).

محمد: وإنما اختلف قول مالك وأصحابه في الذي أخدم رجلا سَنَة، ثم يرجعه لفلان بتلا، فقبضه المخدم، ثم قُتِلَ في الخدمة، هل هو لصاحب البتل، أو السيد؟ وصحح الأكثر كلام سحنون؛ لأنه عدل حافظ فيقدم؛ ولأن المغيرة خالف في ذلك نَصًّا، وأوجب أن يُستأجر من قيمة العبد من يخدم المُوصَى له إلى تلك المدة، إن كان

---

(١) انظر: المدونة: ٣٦٣/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٢/١٠.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٣١/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥١/٢٤.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٦/١، وإرشاد السالك: ٢١٨/١.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٤/١٢، والتلقين: ٢٢٥/٢.

في القيمة وفاء بذلك، حتى أجرى بعضهم من هذا الخلاف خلافًا فيمن أعار رجلا ثوبًا مدة، فاستهلكه أجنبي قبل الأجل، وهو مما ينقصه اللبس، وخرج الخلاف إذا استهلكه ربه من الخلاف إذا استخدم السيد أَمَتَه رجلا، ثم وطئها سيدها، فحملت، وهي في آخر كتاب أمهات الأولاد من "المدونة"(١).

(ص): (**وكذلك لو جنى العبد فأسلمه الورثة، أما لو فدوه استمر**)

(ش)، يعني: فإن جنى العبد المُوصَى بخدمته على غيره، خُيِّرَ وارث المُوصِي بين أن يسلمه أو يفديه، فإن فداه بأرش الجناية، استمر على خدمة المُوصَى له إلى انقضاء الأجل، وإن أسلموه في الجناية، بطل حق المُوصَى له في الخدمة(٢).

هذا ظاهر كلام المصنف، وابن شاس، وهو خلاف النقل؛ لأنه لا يبطل حق المُوصَى له بمجرد إسلام الورثة، بل يُخَيَّر المُوصَى له بعد ذلك في فدائه أو إسلامه، وما ذكرناه من البداية بتخيير الورثة هو الذي رجع إليه مالك، وكان أولا يقول: يبدأ بتخيير المخدم؛ إذ لا سبيل لصاحب الرقبة إلا بتمامها، فإن فداه خدمه بقية الأجل، ثم لا يكون لصاحب الرقبة إليه سبيل حتى يعطيه ما افتكه به، وإلا كان للذي فداه رقا، وإن أسلمه المخدم سقط حقه.

وقيل: لصاحب الرقبة أسلمه أو افتكه، فإن أسلمه استرقه المجني عليه، وإن فداه صار له، وبطلت الخدمة، واختاره سحنون.

واختار أشهب قولا ثالثا: وهو أن يكونَا فيه كالشريكين يقوم مرجع رقبته، فإن قيل: عشرة دنانير، قومت خدمته أيضًا، فإن كانت أيضًا عشرة، صارت حقهما فيه سواء النصف والنصف، فإن فدياه جميعًا، دفع كل واحد نصف دية الجرح، وكان العبد على حاله، وإن أسلماه رق للمجني عليه، وإن افتكه أحدهما بنصف دية الجرح وأسلم الآخر، فإن أسلم المخدم لم يكن للمجني عليه غير بقية الخدمة، وإن أسلمه صاحب الرقبة، كان للمجني عليه بعد الخدمة.

واختار أصبغ قول مالك الذي رجع إليه.

فإن قيل: هذا الخلاف إنما هو في الموهوب خدمته مدة والمصنف إنما كلامه في

---

(١) انظر: المدونة: ٣٢٩/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٧٣/١٩ وما بعدها.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٦/٢، ومنح الجليل: ٤٧٤/٢٠.

المُوصَى بخدمته[1].

قيل: هما سواء؛ لأن الوصية بعد الموت لازمة لزوم الهبة في الحياة، ويدلك على ذلك أن سحنون قد سأل ابن القاسم في "المدونة" عن مسألة المُوصَى بخدمته، فأجابه بمسألة العبد الموهوب خدمته[2].

(ص): **(ويجوز بيع ماشيةٍ أوصى بنتاجها لبقاء بعض المنافع)**

(ش)، أي: يجوز بيع الوارث ماشية قد أَوْصَى الميت بنتاجها لرجل معين أو غيره، ويستثنى النتاج المُوصَى به، وعلل الجواز بقاء بعض المنافع[3].

يعني: من الصوف واللبن، وهكذا في "الجواهر".

(ع)، وغيره: وهو خلاف المذهب؛ إذ لا يجوز بيع الأمهات، واستثناء الأجنة، فكيف بما لم يخلق.

ففي العتق الثاني من "المدونة": والتي يعتق ما في بطنها في صحة السيد لا تباع وهي حامل، إلا في قيام دَيْن استحدثه قبل عتقه أو بعده، فتباع إذا لم يكن مال غيرها، ويرق جنينها له؛ إذ لا يجوز استثناؤه.

ونقل اللخمي، عن ابن حبيب: جواز بيعها، واستثناء جنينها، فيكون حُرًّا، ولعل ما ذكره المصنف يمشي على قول ابن حبيب.

(ص): **(ويعتبر كونه ثلث المال الموجود عند الموت، ولو كان في الصحة)**

(ش)، أي: كون المُوصَى به؛ لأنه يتكلم فيه، ولما كانت الوصية إنما تخرج من الثلث بَيَّن المصنف أن المعتبر أن يكون ثلث المال يوم مات، ولا يعتبر ثلث المال يوم الوصية، سواء كانت الوصية في المرض، أو في الصحة؛ لأن الوصية عطية بعد الموت، يجوز الرجوع عنها في الحياة، فلا يصح الالتفات فيها إلى يوم الوصية[4].

(ع): وهذا خلاف المذهب، فإن المعتبر على المذهب في الوصية أن يُخرج من الثُّلُث يوم تنفيذ الوصية، لا يوم الموت، حتى لو كانت الوصية يسعها الثلث يوم الموت، فطرأت على المال جائحة أذهبت بعضه، فصارت لا يسعها ثلث ما بقي، كان

---

(١) انظر: الاستذكار: ٢٦٧/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٨/٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٢١/٨، وتهذيب المدونة: ١٨١/١.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٣١/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥١/٢٤.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥٢١/٨، وتهذيب المدونة: ١٨١/١.

حكمها يوم القسمة حكم من أَوْصَى بأكثر من الثلث، ولا أعلم في ذلك خلافًا في المذهب، إلا في فروع يسيرة لا يتأتى منها إطلاق الخلاف في أصل المسألة(١).

(خ): وقد يُجاب عن المصنف بأن قوله: يوم الموت بمعنى: يوم التنفيذ؛ لأنه إذا هلك شيء من التركة بسماوي، فهو من المُوصَى له والورثة، فكان لا فرق بين كون المُوصَى به الثلث يوم الموت، أو يوم التنفيذ، ولو أتلف الورثة بعض المال قبل تنفيذ الوصية، لكان التالف منهم، وكان للمُوصَى له الثلث كاملا، فكان قول المصنف يوم الموت أحسن، أعاد الضمير في (كونه) على العبد المخدم، وهو بعيد(٢).

(ص): (ولا مدخل للوصية فيما لم يُعلم به من إرث، وفيما أَقَرَّ به، ولو في مرضه من عتق وصدقة وغيره، أو أَوْصَى به لوارث، ولو رده بخلاف المدبر في المرض، وما يرجع إليه من تعمير وحُبس، وفي العبد الآبق، والبعير الشارد، إن اشتهر موتهما، ثم ظهرت السلامة قولان، كغرق السفينة)

(ش)، يعني: أن وصايا الميت لا تدخل إلا فيما عَلِمَ؛ لأن الميت لم يُرِدْ ما لم يَعلم به، وهذا هو المعروف.

وقال اللخمي والمتيطي: اختلف في ذلك، واختار اللخمي التفصيل، فلا يدخل المُوصَى لهم فيما لم يُعلم به، بخلاف الكفارات والزكوات؛ لأن قصده فيهن براءة الذمة(٣).

قوله: (وفيما أَقَرَّ به)، أي: لا دخول للوصايا فيما أقر به المُوصِي لغيره، وهو يظن أن إقراره عامل، وحكم الشرع بالغاية، كما لو أقر بدين لمن يتهم عليه، أو أقر بأنه كان أعتقه في صحته، أو تصدق به، وبالغ في قوله: (ولو في مرضه)؛ لأنه إذا لم يفد في المرض الذي يتوهم فيه الرد، فأَوْلَى إذا كان في الصحة، لكن رُدَّ لسبب(٤).

وقوله: (أو أَوْصَى به لوارث)، أي: ولا مدخل للوصايا فيما أَوْصَى به لوارث، ولو رد الوارث المُوصَى له الوصية لاعتقاد الميت أن المُوصَى به ليس من ماله، بخلاف المدبر في المرض، فإنه يدخل فيما لم يعلم به، وفيما أقر به، ورُدَّ، وفيما أَوْصَى به

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٦، ومنح الجليل: ٢٠/٤٧٤.

(٢) انظر: الاستذكار: ٧/٢٦٧، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥١٨.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٣١، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٥١.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٦٣، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٧٢.

لوارث، ورُدَّ، وهذا أحد القولين، لكن الذي ثبت عليه ابن القاسم: أنه لا يدخل المدبر في المرض فيما لم يَعلم، وهذان القولان أيضًا في المبتل في المرض، وفي المدبر في المرض.

عياض: والذي حمل عليه "المدونة" محققوا الأشياخ: أنهما لا يدخلان فيما لم يعلم[1].

وحكى في "المقدمات": ثالثا بدخول المدبر في المرض فيما لم يعلم دون المبتل، وهو بعيد، وعكسه أظهر.

أما مدبر الصحة، والذي رجع إليه مالك، وثبت عليه: أنه يدخل فيما عُلم به، وما لم يُعلم، ويستفاد من كلام المصنف دخول المدبر في الصحة من باب الأوْلَى؛ لأنه إذا دخل المدبر في المرض فيما لم يعلم فأحرى مدبر الصحة، والفرق على ظاهر المذهب بين المدبر في المرض في كونه لا يدخل فيما لم يعلم به، بخلاف المدبر في الصحة، فإن الصحيح قَصد عتقه من مجهول؛ إذ قد يكون بين تدبيره وموته السنون الكثيرة، بخلاف المريض، فإنه يتوقع الموت من مرضه، وهو عالم بما له، فإنما يقصد أن تجري أفعاله فيما علمه[2].

أما لو صح المريض، ثم مات، فهو كالمدبر في الصحة، وصداق المنكوحة في المرض كالمدبر في الصحة، وحيث حكمنا للمدبر بدخوله فيما لم يعلم الميت به.

واختلف هل يدخل فيما علم به الميت، وما لم يعلم به دخولا واحدًا، أو يبدأ بما علم به؟ فإن بقيت من المدبر بقية لم يسعها ثلث ما علم به تُمِّمَت من ثلث ما لم يعلم به، وتظهر ثمرة هذين القولين عند ضيق الثلث عن الوصايا، وما تقدم من حمل قوله: (بخلاف المدبر) على ما ذكرناه هو حمل (ع) وغيره[3].

(خ): والأقرب أن يُحمل على المدبر في المرض، لا تبطل الوصايا فيه إذا بطل بعضه، ويدل على ذلك قوله: (وما يرجع إليه من تعمير وحبس)، وهذا هو الذي يؤخذ من كلامه في "الجواهر"؛ لأنه قال في "كتاب محمد"، وفي "المجموعة " نحوه.

قال مالك، وأصحابه: لا تدخل وصايا الميت إلا في ثلث ما علم به من ماله، ولا

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٣٠، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٧٤.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٤، والفواكه الدواني: ١/٨٥.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٦ وما بعدها، وإرشاد السالك: ١/٢١٩.

تدخل في كل ما بطل فيه إقراره في المرض، وما أقر به في مرضه أنه كان أعتقه في صحته، أو تصدق به، أو أَوْصَى به لوارث، فَرَدَّهُ الورثة وأما ما كان يعلمه، مثل: المدبر في المرض، وكل دار ترجع بعد موته من تعمير أو حُبس، فهو من ناحية التعمير، فالوصايا تدخل فيه، فيرجع فيه ينقص من وصيته ولو بعد عشرين سنة، وكذلك ما رجع بعد موته من عبد آبق، أو بعير شارد، وإن كان يئس منه، وأما إن اشتهر عنده، وفي الناس غرق السفينة، وموت عبده، ثم ظهرت سلامة ذلك بعد موته، فرَوَى أشهب فيه، عن مالك قولين، فمرة قال: لا تدخل فيه الوصايا، ومرة قال: تدخل، وقد ينعى إليه العبد وهو يرجوه، هذا كله فيما عدا المدبر في الصحة، فإنه يخرج فيما علم به، وما لم يعلم به. انتهى[1].

وبه يظهر بقية كلام المصنف، وظهر أن معنى قوله: (وحُبس) الحبس الذي بمعنى: العُمْرَى، وأما الحبس المطلق، فلا يرجع إليه أصلا.

وقوله: (كغرق السفينة) تشبيه لإفادة الحكم؛ لأنه قد تبين أن الخلاف منصوص في الجميع.

(ص): **(الصِّيغَةُ كل لفظ أو إشارة يُفهم منها قصد الوصية)**

(ش): هذا هو الركن الرابع، ومعناه: أنه لا تتوقف صيغة الوصية على **لفظ** خاص، بل كل ما **يفهم** منه **قصد** الوصية، وكذلك الإشارة، قال في "المُوَّازِيَّة": وإذا أقر الشهود الوصية على المُوصِي، وقالوا: نشهد أنها وصيتك، فقال: نعم، أو قال برأسه: نعم، ولم يتكلم، فذلك جائز[2].

ابن شعبان: وإذا مُنِعَ المريض من الكلام، وأشار إشارة مفهومة، جاز أن يُشهد بها عليه بمنزلة الأخرس، وتُعَقَّب عليه تفسير الصيغة بالإشارة[3].

وأجيب: بأن المراد بالصيغة ما يدل على مراد المتكلم، ويكون استعمال الصيغة مجازًا، أو حقيقة عرفية[4].

(ص): **(وينبغي تقديم التشهد)**

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٨٢، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٣٤.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٢٢، وتهذيب المدونة: ١/١٨٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٩٥، والتلقين: ٢/٢٢٦.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٧، ومنح الجليل: ٢٠/٤٧٥.

(ش)، أي: يعني يستحب لمن كتب وصيته أن يقدم ذكر التشهد قبل الوصية، قال في "المدونة"، وكذلك فعل الصالحون، وما زال ذلك من عمل الناس بالمدينة، وإنه ليعجبني، وأراه حسنًا[١].

ورَوَى أشهب عنه في "المجموعة": كل ذلك لا بأس به تشهد، أو لم يتشهد، وقد تشهد ناس فقهاء صالحون، وترك ذلك بعض الناس، وذلك قليل.

ابن القاسم: ولم يذكر لنا مالك كيفيته.

وقال أنس بن مالك: كانوا يوصون أنه يشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمدًا عبده ورسوله، وأُوصِي من ترك من أهله أن يتقي الله، ويصلحوا ذات بينهم إن كانوا مسلمين، وأوصي بما أَوْصَى به إبراهيم بنيه ويعقوب ﴿يَا بَنِيَّ إِنَّ اللهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلا تَمُوتُنَّ إِلا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [البقرة: ١٣٢]، ورَوَى أشهب: أن رجلا كَتَبَ في وصيته: أؤمن بالقدر خيره وشره، حلوه ومره، فقال: ما أرى هذا إلا من الصَّفَرية والأباضية قد كتب من مضى وصاياهم، فلم يكتبوا بمثل هذا.

(ص): **(ولو ثبت أنها خَطُّهُ، بل لو قرأها لم تُفِد ما لم يشهدهم عليها)**

(ش)، أي: لو وجدت وصيته مكتوبة، وشهد عدلان أنها خطه، فقال مالك في "العُتْبِيَّة"، و"المجموعة": لا يجوز حتى يشهدهم عليها، وقد يكتب ولا يعزم.

قال في "المُوَّازِيَّة": بل لو قرأها لم يفد حتى يُشهد عليها، نقله صاحب "النوادر".

وزاد ابن يونس، عن " المُوَّازِيَّة": وإذا أتى الشهود بوصيته، وقرأها عليهم لم يفد[٢].

وقَيَّدَ عياض ما تقدم من أنها إذا وجدت بخطه لا تنفذ بها إذا كتبها ليشهد فيها، وأما لو كتبها بخطه، وقال: إذا مت فلينفذ ما كتب بخطي، فلينفذ ذلك إذا عُرِفَ أنها خطه، كما لو أشهد[٣]. انتهى.

وانظر قوله: (وقال: إذا مت) هل المراد شهد على قوله من غير خط، أو المراد أنه وجد ذلك بخطه وأشهد عليه؟ والأول أقرب إلى حقيقة اللفظ؛ إذ القول حقيقة إنما هو

---

(١) انظر: الاستذكار: ٢٦٨/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٩/٢.

(٢) انظر: المدونة: ٣٦٤/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٣/١٠.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٣٢/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥٢/٢٤.

في الملفوظ به[1].

(ص): (**ولو أشهد ولم يقرأها، فليشهد أنها وصيته، إذا عرف الكتاب بعينه، وكذلك لو كان الكتاب مختومًا**)

(ش): قال في "المدونة": وإن كتبها بغير محضر البينة، ولا قرأها عليهم، فدفعها لهم، وأشهدهم على ما فيها، فإن عرفوا الكتاب بعينه، فليشهدوا بما فيه.

قال عنه ابن وهب: ولو طبع عليها ودفعها إليهم، وأشهدهم أن ما فيها منه، وأمرهم أن لا يفضوا خاتمه حتى يموت، جاز أن يشهدوا بما فيه بعد موته.

قال في "البيان " على رواية ابن وهب: ليس للشهود أن يشهدوا، إلا أن تكون الوصية عندهم.

قال غير واحد: ورواية ابن القاسم يحتمل أن تكون كذلك، فتكون وفاقًا لرواية ابن وهب، ويحتمل أن يجوز عليها الشهادة، ولو رجعت إليه، فيكون خلافًا، قاله عياض وغيره.

وقال أشهب: لا يشهد إذا لم يكن الكتاب عنده، وشك في طابعها، إلا أن لا يشك في الطابع.

وقال عبد الملك: إذا كانت بطابع الشاهد، وأما بطابع الميت فلا؛ لأنه قد يزيد فيها، ثم يُعيد طبعه[2].

وذهب بعض الشيوخ إلى تصويب هذا كله، وجواز الشهادة به ولو زاد فيه؛ لأنه إنما أشهدهم على ما فيها وعينها، فكأنه أشهدهم على ما يزيد فيها ويستقر عليه أمرها، وإليه نحى اللخمي، وقال غيره: متى كان فيها بياض قبل الطبع، فلا يشهد؛ إذ لا يصح أن يشهد بما لم يكتب بعد، وإليه أشار أبو عمران[3].

صاحب " البيان": والذي استحسنه الشيوخ، ومضى عليه عمل الناس أنه إذا طوى الكتاب من أوله إلى موضع الإشهاد على نفسه وطبعه، وقد أبقى الإشهاد على نفسه خارج الطبع، وكتب الشهود شهادتهم على ذلك، وأمسك المُوصِي الوصية عند نفسه، فوجدت بعد موته خطًّا واحدًا، وعملا واحدًا على صفة التقييد الذي كان خارج الطبع،

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٦ وما بعدها، وإرشاد السالك: ١/٢١٩.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٤، والفواكه الدواني: ١/٨٥.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٨٢، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٣٤.

ولـم يظهر في الكتاب ريبة، جاز للشهود أن يشهدوا عليه، بخلاف ما إذا لـم يبق من الكتاب خارج الطبع ما يُستدل به على أن الوصية كانت مكتوبة على بياض[١].

وذكر عن الحسن، وأبي قلابة: أنهما كَرِهَا الشهادة في الوصية حتى يُعلم ما فيها؛ لأنه لا يدري لعل فيها جورًا، قال: وكذلك يستحب للعالم إذا أشهد المتعاملان على أنفسهما في ذكر الحق بما تعاملا فيه أَلا يثبت شهادته فيه إذا أشهداه على أنفسهما بما تضمنه حتى يقرأه؛ لئلا تكون المعاملة فاسدة[٢].

(ع): ولعل ما استحسنه للعالم لا يخالف ما ذكره الباجي في وثائقه: أن للشاهد أن يضع شهادته، وليس عليه أن يقرأ الكتاب كله إلا في عقود الاسترعاء، فإنه يلزمه فيها قراءة جميعها؛ لأنه يخبر عن جميعها أنه في علمه.

وقال اللخمي: لا يخلوا أن يقرَّ وصيته عنده، أو يُودعها، أو يُسلمها إلى البقية؛ لتكون عندهم، وهي في كل ذلك مختومة، أو غير مختومة، فإن كانت عنده فأخرجت بعد موته، وكانت غير مختومة، وعلمت البينة أنه الكتاب بعينه، وليس فيه محو ولا لحق، قُبِلَتْ شهادتهم، وإن كان فيها محو أو لحق، لا يُغَيِّر ما قبله ولا ما بعده، لم يثبت ذلك المحو ولا اللحق، ويثبت ما يثبت ما بعده وما قبله، وإن شَكَّ هل يغير ما قبله، أو يغير موضعًا منها، لـم ينفد منها ذلك الموضع خاصة، وأنفد ما سواه، وأما إن أودعها وجعلها بيد أمين، فإنها تنفد، ولـم تبطل؛ لِمَا فيها من محو أو لحق؛ لأن الميت جعله أمينًا عليها، وهو بمنزلة من قال: صدقوا فلانًا فيما يقول أنه أَوْصَى به، وإن أسلمها للبينة فجعلاها في موضع وأغلقا عليها فكذلك[٣].

وقال أشهب في "المُوَّازِيَّة": إن غاب عليها أحدهما، فأجوزها شهادة من كانت عنده[٤].

مالك: ولا أدري كيف يشهد الآخرون.

وقال أشهب: يشهدون بمبلغ علمهم، ويحملون ما تحملوا.

اللخمي: ولا أرى أن يجوز، إلا أن يعلموا أنه الكتاب بعينه بعلامة، أو بغير ذلك

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٥/١٢، والتلقين: ٢٢٦/٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٢٢/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٢/١.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٧/٢، ومنح الجليل: ٤٧٥/٢٠.

(٤) انظر: الاستذكار: ٢٦٨/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٩/٢.

مما يتيقن أنه كان مختومًا.

فرع

قال أصبغ: سألت ابن وهب عم امرأة أوصت، ودَعَتْ شهودًا، فقالت: هذه وصيتي، وهي مطبوعة اشهدوا عَلَيَّ بما فيها لِيَّ وعَلَيَّ، وقد أسندتُهَا إلى عمتي، وما بقي من ثلثي فلعمتي، ثم ماتت، ففُتِحَ الكتاب، فإذا فيه: وما بقي من ثلثي فلليتامى، والمساكين، والأرامل.

قال: أرى أن يُقَسَّمَ بقية الثلث بين العمة وبين الصنوف الآخرين نصفين بالسواء، كما لو كانت لرجلين.

قال: وسألتُ عنها ابن القاسم، فقال مثله سواء.

(ص): **(ولو قال: كتبتُ وصيتي، وجعلتُهَا عند فلان، فصَدِّقوه صُدِّقَ)**

(**ش**): هكذا في "المدونة"، لكنه زاد قبل قوله: (وصدقوه) فأنفذوها.

ورأى المصنف أن قوله: (فصدقوه) يُغْنِي عن قوله: فأنفذوها، وهو ظاهر، ونحوه لأبي الحسن.

وقال فضل: لو لم يقل: أنفذوها، وإنما قال: وصيتي عند فلان، فلا يمضي منها شيء حتى يقول: انفذوها[1].

وقوله: (صُدِّقَ)، قال ابن القاسم: بشرط أن يكون عدلا.

وعنه أيضًا: يقبل، وإن كان غير عدل، وهو قول سحنون، وقول مالك في "الواضحة"[2].

قيل: وهو ظاهر "المدونة"، واختاره التونسي، واللخمي؛ لأن الميت ائتمنه، وأمر أن يُقبل قوله، ولأنا لو لم نقبل قوله أَدَّى إلى إبطال الوصية، مع علمنا أن الميت مات عن وصية[3].

(ص): **(ولو قال: الوصية لفلان بثلثي، فصَدِّقُوه صُدِّقَ)**

(**ش**): هكذا في "المدونة"، وهو يدل أن قوله في المسألة السابقة: (وأنفذوها) ليس بشرط، ومعنى أوصيت له بثلثي: أخبرته بما يصنع.

---

(١) انظر: المدونة: ٣٦٤/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٣/١٠.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٧/٢، ومنح الجليل: ٤٧٥/٢٠.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٢٢/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٢/١.

(ص): **(فلو قال الوصي: لابني، لم يُصَدَّق. وقال أشهب: يُصَدَّق)**

(ش): الأول لابن القاسم في "المدونة"، واستشهد عليه بقول مالك فيمن أَوْصَى أن يجعل فلان ثلثه حيث يراه، فإنه إن أعطاه لولد نفسه، أو لوارثه، فلا يجوز إلا أن يظهر لذلك وجه يظهر صوابه.

واستحسن بعضهم قول أشهب، وفرق بين المسألة وما قاس عليه ابن القاسم، بأن مسألة مالك أحال المُوصِي فيها على نظر الوصي، وصواب ذلك النظر، وخطؤه يظهر للناس.

فإذا أعطى لولد نفسه وشبهه، ظهر خطأه وتهمته، فيرد، بخلاف مسألة النزاع بين ابن القاسم وأشهب أحال الميت فيها على اختيار الوصي، وذلك أمر لا يعلم إلا من جهة المُوصِي، ولا يظهر فيه صواب ولا خطأ.

أشهب: في "المُوَّازِيَّة"، و"المجموعة": بأثر الكلام الذي ذكره المصنف عنه، وليس هو مثل الذي يشهد لابنه، ولا مثل الذي يوصي إلى فلان أن يجعل ثلثه حيث يراه، فيجعله لنفسه، أو لابنه هذا، ليس له ذلك؛ لأنه فَوَّضَ إليه ليجتهد، ولو أعطاه لابنه وأقاربه كما يعطي الناس حسبما يستحق لجاز، وأكره أن يأخذ منها شيئًا، فإن فعل حسب استحقاقه، لم آخذه منه، وقاله ابن القاسم، وقال: فإن قال: لولدي أَوْصَى به، جعلته كشاهد له، كمسألة مالك إذا قال: فلان يجعل ثلثي حيث يراه.

محمد: قال مالك في هذه: أنه لا يأخذ هو منه وإن كان محتاجًا، وإن أعطى منه ولده وكان موضعًا، جَازَ[1].

وقال مالك في "المجموعة": في الذي أَوْصَى أن يُجعل ثلثه حيث أراه الله عز وجل، لا يجوز أن يعطي ذلك أقارب الميت، ولكن يعطيهم كما يُعطي الناس.

مالك: وإن كان قد علم حين أوصاه بجعل ثلثه حيث أراه الله عز وجل أنه أراد أن يرده على بعض الورثة، فلا يجوز، وليرجع كله ميراثًا.

(ص): **(ولو قال: اشهدوا أن فلانًا وصيي ولم يزد، كان وصيًا في جميع الأشياء، وفي نكاح صغار الذكور، وبوالغ الإناث بإذنهن)**

(ش): هكذا في "المدونة"، وفي "المُوَّازِيَّة": وإن قال: فلان وصيي، فقد بالغ في

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٣٢/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥٢/٢٤.

الإيصاء، ويكون وصِيًّا على كل شيء، وفي المجموعة مثله، ولا أعلم فيه خلافًا.

ابن رشد: الإيصاء والوكالة إذا قَصُرَا طالا، وإذا طالا قَصُرَا، أي: إذا طول بالتنصيص على أشياء اقتصر عليها.

وقوله: (صغار بنية) تدخل فيه الحفدة، وفي دخولهم خلاف إذا كان الأب محجورًا عليه[1].

محمد: وإن قال: وصيي على مالي دخل فيه الولد، وإن قال: على ولدي، دخل فيه المال، يدخل في قوله: على ولدي الذكران والإناث، إلا أن يخص، فيقول: الذكران، أو بناتي، وقد تقدم الكلام في النكاح على جبر الوصي الصغار والإناث.

(ص): **(ولو قال: وصيي على كذا خصص، ورُوِيَ كالإطلاق)**

(**ش**): الأول مذهب "المدونة"، والمشهور وهو الظاهر؛ لأن الوصي يتصرف بالنيابة فلا يتعدى نظره الوجه الذي أذن له فيه كالوكيل، والرواية بأن ذلك كالإطلاق.

ذكر ابن شاس: أن ابن عبد الحكم رواه. ونقله صاحب " المعونة".

(ص): **(ولو قال: وصيي حتى يقدم فلان، عُمِلَ به)**

(ش)، أي: عُمل بالإيصاء إلى هذه الغاية، فإذا قدم فلان فهو الوصي، ومفهوم الغاية: أن فلانًا لو مات قبل قدومه لاستمرت الوصية، وقاله ابن يونس، ومفهومها أيضًا: أنه لو قدم، ولم يقبل أن الوصي الأول ينعزل؛ لأنه علق نظره بإتيان فلان وقاله بعض علمائنا. قال: إلا أن يفهم عن المُوصِي إذا جاء، فقبل، فإذا لم يقبل، وَجَبَ أن يبقى الأول على ما جُعِلَ له[2].

(ع): وفي "النوادر " في الحالف أن لا يفعل كذا حتى يقدم فلان، فمات قبل قدومه، ما يؤخذ منه قولان: هل يحمل على أجل قدومه، وينوى في ذلك؟ أو لا يفعله أصلا؟ فانظر هل يتخرج منه في الفرع الأول شيء أم لا.

(ص): **(ولو قال: وصيي على قبض ديوني، وبيع تركتي، ولم يزد، فَزَوَّجَ بناته، رَجَوْتُ أن يجوز)**

(**ش**): قوله: (فزَوَّجَ)، أي: الوصي. وقوله: (رجوت) هو عائد على مالك، وهذه مسألة "المدونة"، قال فيها: وأحب إلي أن يرجع إلى السلطان، فينظر السلطان في ذلك،

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٦ وما بعدها، وإرشاد السالك: ١/٢١٩.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٤، والفواكه الدواني: ١/٨٥.

يريد هل فيه ضرر، أو بخس في صداق؟

وقال أشهب: له أن يزوج، ولا يرفع إلى السلطان.

محمد: وقاله ابن القاسم إن شاء الله[١].

اللخمي: والأول أحسن.

ابن القاسم: وقال مالك فيمن أَوْصَى بميراث بنت له صغيرة يدفع إلى فلان، أترى أن يلي بضعها؟ قال: نعم، وأراه حسنًا أن لو رفع ذلك إلى الإمام فينظره[٢].

وإن جعل وصيته لثلاثة: جعل لأحدهم اقتضاء الدَّين وقضاء ما عليه، وللآخر النظر في الفاضل والتصرف فيه بالبيع والشراء، وللآخر بضع بناته، جاز، وليس لأحدهم أن يلي غير ما جُعل له.

فإن تَعَدَّى من له النظر في الفاضل والتصرف فيه، فاقتضى أو قضى، مضى ما فعله، ولم يرد قضاؤه أو اقتضاؤه، وإن باع أو اشترى مَن جُعل له النكاح، رُدَّ فعله، وإن زَوَّجَ من جعل له النظر في المال، رُدَّ فعله؛ لأنه معزول عن ذلك[٣]، وقد أقيم له غيره، وليس هو بمنزلة قوله: فلان وصيي على قضاء دَيني، فذكر مسألة المصنف.

(ص): **(وقبول المُعَيَّن شرط بعد الموت لا قبله، فإن قَبِلَ تَبَيَّنَ أنها ملكه من حين الموت على الأصح، لا ملك المُوصِي)**

(ش)، أي: وقبول المُوصَى له المعين للوصية شرط في وجوبها؛ لأنها أحد أنواع العطايا، فاشترط فيها القبول كالهبة وغيرها، وبَيَّنَ المصنف أن ذلك القبول لا بد أن يكون بعد الموت، وأما قبله فلا؛ لأن للمُوصِي أن يرجع ما دام حَيًّا[٤].

واحترز بالمُعَيَّن مما لو أَوْصَى لمثل الفقراء والغزاة، فإنه لا يشترط في حقهم القبول.

واختلف إذا قيل: بعد الموت، وقد كان تأخر القبول عن الموت، فالأصح أن القبول كاشف أن المُوصَى به ملك للمُوصَى له من حين الموت، وقيل: إنما حصل له الملك حين القبول، فيكون الملك قبل القبول لورثة المُوصِي، والقولان هنا كالقولين

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٣٠، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٧٤.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٨٢، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٣٤.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٤، والفواكه الدواني: ١/٨٥.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٦ وما بعدها، وإرشاد السالك: ١/٢١٩.

في بيع الخيار، هل هو منحل، أم منبرم؟ فإن قيل: الأصح هنا مبني على أنه منبرم، بخلاف المشهور في بيع الخيار، فما الفرق؟ قيل: الملك ثبت للبائع في الخيار، فاستصحب حتى يتحقق الانتقال والملك، وهنا قد تحقق زوال ملك المُوصِي بموته، والله أعلم[١].

(ص): **(وعليهما ما يحدث بين الموت والقبول من ولدٍ، أو ثمرة)**

(ش)، أي: فعلى الأصح يكون للمُوصَى له، وعلى مقابله يكون للورثة، ويتخرج أيضًا على هذين القولين وجوب زكاة الفطر، وما أفادته الأمَةُ والعبد بعد الموت من المال، أو غير ذلك، كما لو أَوْصَى له بزوجته الأمَة فأولدها، ثم علم، فقيل: هل تصير بهذا الولد أم ولد، أَمْ لا؟ وحكى المصنف الخلاف في الولد تبعًا لابن شاس، وحكى بعضهم الاتفاق على أنه للمُوصَى له، ويقرب منه كلام التونسي الذي ذكره المصنف في قوله[٢].

(ص): **(وعلى المشهور في تقويم الأصول بغلاتها، أو بدون غلاتها، ثم تتبعها قولان: قال التونسي: وبغلاتها أشبه، كنماء العبد، وولد الأمة)**

(ش): أفاد قوله: (وعلى المشهور) أن الأصح المتقدم مشهور، يعني: أنه اختلف إذا قلنا: إن الغلات الحادثة بعد موت المُوصِي للمُوصَى له، فهل تقوم الأصول بغلاتها، أو بدون غلاتها؟ ثم يتبعها قولان: فلو أَوْصَى له بحائط يساوي ألفًا، وهو ثلث المُوصِي، لكن زاد لأجل ثمرته مائتين، فعلى الأول، وهو الذي قال التونسي: إنه أشبه، لا يكون للمُوصَى له إلا خمسة أسداس الحائط[٣].

وعلى الثاني: يكون جميع الحائط للمُوصَى له.

وقوله: (كنماء العبد، وولد الأمَة) ظاهره أنه يتفق على ذلك، وإلا لما حَسُنَ به استشهاد، وقد يفرق بأن نماء العبد منفصل، وولد الأمَة كالجزء منها.

سحنون: وتقويم الأصول بالغلات أعدل أقوال الأصحاب، وهو قول أكثر الرواة وهو لابن القاسم، وقال أيضًا في "المدونة": أنها تُقَوَّمُ الأصول دون الغلات.

ابن القاسم في "المدونة": وإن أَوْصَى لرجل برقبة جنانه، فأثمر الجنان قبل موت

---

(١) انظر: الاستذكار: ٢٦٨/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١٩/٢.
(٢) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٥/١٢، والتلقين: ٢٢٦/٢.
(٣) انظر: المدونة: ٣٦٤/٤، وحاشية الصاوي: ٤٧٣/١٠.

المُوصِي بسنة أو سنتين، فمات المُوصِي، والثلث يحمل الجنان وما أثمر، فالثمر للورثة دون المُوصَى له، وذلك إذا أثمرت النخل، وألقحت الشجرة قبل موت المُوصِي.

ثم ذُكِرَ عن مالك: إذا مات المُوصِي قبل الإبار أن الغلة للمُوصَى له، كالبيع.

ابن يونس: وحيث قَوَّمْنَا الأصول وحدها، فخرجت من الثلث، وكانت الغلات تبعًا لها، وقد كان أنفق على الجنان نفقة من مال الميت إلى أن تمت ثمرته، فيجب أن تكون تلك النفقة على المُوصَى له؛ لأنه لما حمله الثلث كأنه لم يزل ملكًا للمُوصَى له، ولأن الميت لم ينتفع بالغلة، ولا كثر بها ماله، فلذلك تكون النفقة على المُوصَى له[1].

(ص): **(ولا يُفْتَقَرُ إلى قبول الرقيق إذا أُوصِيَ بعتقه)**

(ش)، يعني: كان المُوصَى بعتقه معينًا أم لا؛ لأنه وإن كان معينًا، ففيه حق لله تعالى، فلا يتوقف على قبوله. وكما لو أعتقه في حال الحياة، فإنه لا يتوقف على خياره[2].

(ع): نعم لو خَيَّرَه في عتق نفسه، أو مَلَّكَهُ ذلك، كان له القبول أو الرد.

(ص): **(وفيها إذا أَوْصَى ببيع جارية للعتق إذا كانت من جواري الوطء، فذلك لها)**

(ش): نسبها لـ " لمدونة " لأن ظاهرها معارض لما قبلها، ولكن لا معارضة في الحقيقة؛ لِمَا يحصل لجواري الوطء من الضياع غالبًا بالعتق.

وقيل: لا خيار لها، كانت رائعة أو لا، وتباع للعتق، إلا أن لا يوجد من يشتريها بوضعية ثلث الثمن.

وقال أصبغ: لها الخيار في هذه، وفي المسألة السابقة، أعني: إذا أَوْصَى الميت بعتقها، فقال: أعتقوها، اللخمي: وهو أبين؛ لأن العتق لم ينفذ في الموضعين، والضرر في الموضعين سواء.

قال أصبغ: وهذا إذا قال: افعلوا، ولم يقل: هي حرة، فأما إذا قال هذا، فلا ينظر إلى قولها، وتنفذ لها الوصية[3].

وإذا فرعنا على مذهب "المدونة"، فاختارت أحد الأمرين، ثم أَحَبَّتِ الانتقال إلى الآخر، فقال ابن القاسم: ذلك لها ما لم ينفذ فيها الذي اختارته أَوَّلا، ويكون ذلك

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٣٢/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥٢/٢٤.

(٢) انظر: المدونة: ٣٣١/٤، وإرشاد السالك: ٢٢٠/١.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٧/١، وحاشية الدسوقي: ٣٧٥/١٩.

بتوقيف من السلطان[١].

وقال أصبغ: إذا أشهد على اختيارها أحد الوجهين، لم يكن لها الرجوع إلى الآخر.

مالك: وإن أعتقها الورثة قبل أن تختار، لم يكن ذلك لهم إن أحبت البيع، وكذلك إن قال: بيعوها ممن أحبت، فأعتقوها وأحبت البيع، رُدَّ عتقها.

ابن القاسم: ،عن أحبت أن تُباع بغير شرط العتق، فللورثة حبسها، أو بيعها.

محمد: فإن بيعت بغير شرط العتق، لم يوضع من ثمنها شيء، وإن بيعت بشرط العتق، وُضع ثلث ثمنها[٢].

(ص): (**الوصية أركان**)

(ش)، أي: لها أركان، ومراده الوصية على النظر، والمتقدم في الوصية المال، ولهذا لما كان هذا نوعًا واحدًا أفرده.

وقوله: (أركان)، أي: ثلاثة: المُوصِي، والمُوصَى له، والمُوصَى فيه.

فإن قُلْتَ: هو لم يذكر المُوصَى فيه؟ قيل: لما ذكر المُوصِي اقتضى ذلك مُوصَى فيه، وترك الصيغة؛ لتقدم الكلام عليها في الوصايا.

(ص): (**المُوصَى إن كان على محجور عليهم فتختص بالأب والوصي**)

(ش): قوله: (المُوصَى) المراد الجنس، فيدخل وصي الأب، ووصي وصيه وإن بعد، ولا يلحق به مقدم القاضي على المنصوص، نص عليه ابن الهندي، وابن أبي زمنين، وغير واحد.

وقال بعض الأندلسيين: إن الذي مضى به الحكم أن حكم مقدم القاضي حكم الوصي في جميع أموره؛ لأن القاضي أقامه مقام المُوصِي.

بعض الشيوخ: وعلى هذا فيكون له أن يُوَكِّلَ في حياته من يقوم مقامه، ويوصي بذلك بعد مماته، انتهى كلام (ر).

ولا خفاء أن مراد المصنف إذا كان الأب رشيدًا، ولو كان محجورًا عليه، لم يكن له نظر على ولده، ولا أن يوصي عليهم[٣].

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٥، والكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٣٥.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٨٣، والفواكه الدواني: ١/٨٦.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٩٦، وما بعدها، والتلقين: ٢/٢٢٧.

(ص): **(ولا وصية لجد، ولا أم)**

(ش): لا خلاف أن الجد لا إيصاء له، ومنع في "المدونة" إيصاء الأخ على أخيه. قال: ولا يقاسم عليه، وأجاز أشهب المقاسمة عليه[1].

اللخمي: فعلى قوله تجوز وصيته بما يورث عنه إذا لم يكن له وصي.

وأجاز ابن القاسم في اللقيط المقاسمة عليه، اللخمي: فإجازته في الأخ أَوْلَى.

(ص): **(وفيها تصح من الأم في اليسير، كستين دينارًا. وقيل: لا)**

(ش): إجازة ذلك استحسان بثلاثة شروط:

١ - يسارة المال.

٢ - وأن يكون موروثًا عنها.

٣ - وأن لا يكون لهم أب، ولا وصي.

سحنون: وقول غيره: أنها لا تجوز، أعدل.

تنبيه

كل هذا في الوصية بما صار له من مال الميراث، وأما ما يتطوع الميت بالوصية به، ويُقبض له من وصاة الميت، فلو قال: فلان الصغير، ويكون على يد فلان حتى يرشد، لم يكن لأبيه ولا وصيه أن يقبض ذلك، ولا يحجر عليه فيه؛ لأنها هبة من المُوصِي على صفة فلا تُغير، نص عليه اللخمي وغيره[2].

(ص): **(وإن كان على غيرهم من قضاء الدَّين، وتفريق الثلث، فلا تختص)**

(ش)، أي: وإن كان المُوصِي أَوْصَى على غير محجور عليهم، وهذا مقابل قوله أولا: (إذا كان على محجور عليهم).

وقوله: (من قضاء الدَّين، وتفريق الثلث) هو بيان لغير المحجور عليهم، فلا يختص المُوصَى على هذا بأن يكون أبا، أو وصيا، بل تصح من كل من عليه حق، أو له.

(ص): **(ولو أَوْصَى ذمي لمسلم، فلا بأس بذلك ما لم يكن خَمْرًا، أو إلزامًا بجزية)**

(ش): وقع في نسخة (ع) هنا قبل قوله: (ولو أَوْصَى المُوصِي)، ولم يقع ذلك

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٨/٢، ومنح الجليل: ٤٧٦/٢٠.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٢٣/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٣/١.

عندنا إلا فيما يأتي[١].

والضمير في (يكن) عائد على (المُوصَى به) المفهوم من أَوْصَى، وهكذا في "المدونة" وعيرها، ففيها: وإن أَوْصَى ذمي إلى مسلم، فإن لم يكن في تركته خمر ولا خنازير، ولم يخف أن يلزم بالجزية، فلا بأس[٢].

وقال أشهب في "المُوَّازِيَّة": أنا أكرهه خوفًا أن يلزم بجزية، وليس بَيِّن في الكراهة، ولو قبل لجاز ولزمته، وإن كان غير ذلك فلا بأس به، وإن كان فيها خمرًا وخنازير، فتكون الوصية فيما سوى الخمر والخنازير.

وأما وصية الذمي إلى الذمي، فلا يمنعون منه إذا كان فيها الخمر ونحو ذلك مما يستحلونه، قاله ابن الماجشون.

قوله: (ولو أَوْصَى ذمي لمسلم) نص أشهب أيضًا على جواز وصية الحربي للمسلم.

لو أَوْصَى ذمي إلى حربي، لم يجز، وإن كان مستأمنًا.

قال: ولو أَوْصَى الحربي المستأمن إلى ذمي، جاز.

(ص): **(المُوصَى: شرطه التكليف، والإسلام، والعدالة، والكفاية)**

(ش): اسقط (ع) هنا: المُوصَى؛ لتقدمه في نسخته، وذكر أربعة شروط:

الأول: التكليف: فلا تجوز الوصية إلى صبي، أو معتوه.

الثاني: الإسلام: فلا تجوز لذمي، ولا حربي؛ لعدم العدالة.

الثالث: العدالة: فلا تجوز لفاسق[٣].

قال في "المدونة": ولا تجوز الوصية لذمي، أو مسخوط، أو من ليس بعدل، فيُعزل إن أوصي إليه، ولو اكتفى بالعدالة عن الإسلام، لكان أخص.

ونقل بعضهم، عن ابن المواز أنه قال: المراد هنا بالعدالة: عدالة الشاهد حتى لا يجوز غيره، ولكن العدالة هي الأمانة والرضا فيما يصير إليه والقوة عليه.

الرابع: **الكفاية**، أي: في التصرف، فلا تجوز الوصية إلى عاجز عن التصرف.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٢٦٩/٧، وحاشية الصاوي: ٤٧٤/١٠.

(٢) انظر: المدونة: ٣٦٥/٤، والبهجة في شرح التحفة: ٥٢٠/٢.

(٣) انظر: المدونة: ٣٣١/٤، وإرشاد السالك: ٢٢٠/١.

محمد، وابن عبدوس: ولا مأبون[١].

(ص): (**وكان أجازها قبل للكافر. وقال مرة: إذا كان قريبًا كالأب والأخ، فيوصيه على الصلة، فلا بأس**)

(ش): حاصله أن في الوصية للكافر ثلاثة أقوال:

المشهور: عدم الصحة مُطْلَقًا، وهو قول مالك الذي رجع إليه.

والثاني: أنها تصح له[٢].

الثالث: التفصيل بين القريب وغيره. لكن لم ينسب ابن أبي زيد، وابن رشد، وغيرهما الثالث إلا لابن القاسم.

فإن قلت: في حكاية الثاني والثالث نظر؛ لأن نص الرواية في "العُتْبِيَّة"، وكره مالك الوصية لليهود والنصارى، ثم ذكر قول ابن القاسم، وهذا يمكن حمله على الوصية لهما بالمال، لا بالنظر، وقد فهمها ابن رشد على ذلك؟

قيل: هو معارض يفهم غيره، فإن الذي فهم منها ابن أبي زيد، وابن يونس هو ما ذكره ابن شاس، والمصنف.

(ص): (**ولا تصح لمسخوط، ولو طرأ الفسق، عُزِل**)

(ش): هذا هو الذي احترز عنه بالعدالة، ونبه بقوله: (ولو طرأ الفسق عزل) على أن هذا الشرط تعتبر استدامته كابتدائه؛ لأن بعض الشروط يشترط ابتداء لا دواما، وما ذكره من العزل بطروء الفسق هو المشهور.

وقال المخزومي: لا يعزل، ولكن يجعل معه وصي آخر عدل[٣].

وهذا الذي ذكره المصنف خاص بالوصي على أموال اليتامى، أو على اقتضاء دَين، أو قضائه خيفة أن يدعي غير العدل الضياع[٤].

وأما فيما يختص بالميت، كالوصية بالثلث، أو بالعتق؛ فتجوز إلى غير العدل.

ابن المواز، عن ابن القاسم، وأشهب: ومن أَوْصَى إلى محدود في قذف، فذلك جائز، إذا كانت منه فلتة، وكان ممن تُرْضَى حالته، وإن لم يتزيد حسن حال إذا كان يوم

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٣٣/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥٣/٢٤.

(٢) انظر: المدونة: ٣٣١/٤، وإرشاد السالك: ٢٢٠/١.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٧/١، وحاشية الدسوقي: ٣٧٥/١٩.

(٤) انظر: الثمر الداني: ٥٤٥/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٣٥/٢.

حُدَّ عُدَّ غير مسخوط، فأما من حُدَّ في زنًا، أو سرقة، أو خمر، فلا يقع في مثل هذا من له ورع، فلا تجوز الوصية إليه، إلا أن تحدث له توبة، أو تورع يعرف فضله فيه، فتجوز الوصية إليه[1].

مالك في "المُوَّازِيَّة": وإن كانت الوصية بعتق، أو شيء في السبيل، ولم يكن وارثًا، لم يكشف عن شيء، إلا عن ما يبقى للورثة نفعه، مثل العتق لهم والولاء، إلا أن يكون الوصي سفيهًا، أو سارقًا، فيكشف عن ذلك كله، فَرُبَّ وَصِيّ لا ينفذ من الوصية شيء، وهذا صحيح؛ لأن الميت وإن أَوْصَى لغير عدل فلم يرد إلا إنفاذ الوصية، فلا يُمنع الورثة من الاطلاع على ذلك حتى يعلموا أنه أنفذها.

مالك: وإن كان الوصي وارثًا، فلباقي الورثة أن ينظروا، ويكشف عن الوصي.

(ص): **(ولا تصح لعاجز عن التصرف)**

(ش): هذا هو الذي احترز عنه بالكفاية.

(ص): **(وتصح للعبد له، أو لغيره، ويتصرف بإذن سيده)**

(ش): لما تكلم على شروط الوصي وموانعه، أتبعه بالكلام على ما يُظن مانعًا وليس بمانع، قال في "المدونة": ومن أسند وصيته إلى عبده، أو مكاتبه؛ جاز.

قال في "المدونة": وكذلك مدبره، وأم ولده، والمعتق إلى أجل، والمعتق بعضه.

وقال سحنون: إنما يكون العبد المملوك وصيًا للصغار إذا كان بينهم بالسواء فيما يتكلف لهم العبد، أو يكون تكلفه لهم على قدر مواريثهم، وصححه ابن رشد.

سحنون: وإن كان فيهم كبير، وكان عبدًا قنًا، أو معتقًا إلى أجل، فهي وصية لوارث، فإن أجازها الكبار، وإلا بطلت، وهو قول عبد الملك.

ابن رشد: وقول مالك أصح، إذا قلنا: إنما ينظر للأصاغر في الأيام التي لهم.

مالك في "المدونة": والمكاتب مثل العبد[2].

أشهب: وليس فيه تقديم إلا أن يعجز[3].

وقوله: (ويتصرف بإذن سيده) هو خاص بعبد غيره.

اللخمي: وتجوز الوصية لعبد الأجنبي إذا رضي سيده، وكان سيده ممن لا يخاف

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٨٣، والفواكه الدواني: ١/٨٦.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٤٩٦، وما بعدها، والتلقين: ٢/٢٢٧.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٨، ومنح الجليل: ٢٠/٤٧٦.

أن يغلب على ما في يد عبده، وأخل المصنف بهذا الشرط[(١)].

ابن القاسم وأشهب في "المُوَّازِيَّة"، و"المجموعة": وإذا أجاز السيد الوصية لعبده، فليس له بعد ذلك رجوع إلا لعذر من بيع أو سفر، نقلة منه، أو من العبد إلى غير الموضع الذي الورثة به، فيقيم لهم الإمام غيره.

اللخمي: وهو خلاف المعروف من قوله، والمعروف في هذا الأصل: أن للعبد أن يقيم مقامه عند سفره، أو غيره من غير حاجة إلى السلطان، ولا فرق في ذلك بين حر وعبد، وإن رضي المشتري أن يبقيه على الوصية، جاز.

(ص): (وتصح للأعمى والمرأة)

(ش): لا أعلم في ذلك خلافًا.

(ص): (وإذا أَوْصَى لعبده، فأراد الأكابر بيع الجميع، اشترى للأصاغر)

(ش): نحوه في "المدونة"، وظاهرها: أنه لا يؤخذ نصيب الأكابر إلا إذا شاءوا البيع، قيل: ويُشترى بالقيمة، كأخذ ما يجاور المسجد إذا احتيج إلى توسعته، وفيه مخالفة للأصول[(٢)].

وأشار بعضهم: إلى أنه يشتري نصيب الأكابر بالقيمة، وإن لم يجيزوا البيع، ولعل ذلك إذا منع الأكابر العبد من النظر للأصاغر، ولو قيل: إنه يُعرض للبيع، فإذا وقف على ثمن اشتُرِي حينئذ للأصاغر نصيب الأكابر، لكان أخف، وفيه مع ذلك مخالفة للأصول؛ لأن الأصل أنه لا يأخذ أحد الشريكين بالثمن الذي بلغ برضى الآخر، أو يزيد عليه الآخر، ولعلهم إنما قالو هنا بهذا ارتكابًا لأخف الضررين، كما في الدار تجاور الجامع تؤخذ بالقيمة إذا احتيج إلى توسعته بها، وأصل هذا من السنة التقويم في عتق الشريك، ثم إن الشراء للأصاغر مقيد بما إذا كان في أموالهم ما يحمل[(٣)].

قال في "المُوَّازِيَّة": وإن لم يحمل ذلك نصيبهم، وأضر بهم بيعه، باع الأكابر حصتهم منه خاصة، إلا أن يضر ذلك بالأكابر ويأبوا، فيُقضى على الأصاغر بالبيع معهم[(٤)].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٢٣/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٣/١.

(٢) انظر: المدونة: ٣٦٥/٤، والبهجة في شرح التحفة: ٥٢٠/٢.

(٣) انظر: الاستذكار: ٢٦٩/٧، وحاشية الصاوي: ٤٧٤/١٠.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٢٣٣/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥٣/٢٤.

قال في "الواضحة": ويُفسخ الإيصاء حينئذ، ونحوه في "المُوَّازِيَّة".

وفي "مختصر حمديس": أن لمشتريه فسخ وصيته إن كان ذلك يضر به ويُشْغِلُه.

واعترضه عبد الحق، وقال: لا يصح عندي.

(ص): **(ولا يبيع الوصي عبدًا يحسن القيام بهم)**

(ش): نحوه في "المدونة"، ووجهه أن في بقائه مصلحة لهم، والوصي إنما ينظر بالأصلح.

(ص): **(ولا يبيع عقارهم إلا لحاجة، أو غبطة)**

(ش): تقدم هذا وما فيه في الحجر.

(ص): **(ولا يشتري لنفسه شيئًا، فإن فعل، تُعُقِّبَ** بالنظر)

(ش)، أي: لا يشتري لنفسه، ولا يدس من يشتري له، صَرَّحَ به في "المدونة"، فإن اشترى تُعُقِّبَ بالنظر، أي: بنظر الحاكم.

وقال في كتابه " كراء الدور والأرضين": يُعَادُ إلى السوق.

وقال في "المدونة": فإن كان فيه فضل، كان لليتامى، وإلا تُرِك.

عياض: ظاهره أنه ينظر فيه الآن، وإن لم يكن فيه فضل، فلا بد من النظر فيه يوم البيع بالقيمة والسداد[1].

وكذا قال عبد الملك: ينظر فيه الحاكم يوم يرفع إليه، فإن كان سداد أمضاه.

وقال ابن كنانة: ينظر فيه الحاكم يوم الشراء.

وانظر قوله في كراء الدور: أنه يعاد إلى السوق، ونحوه في "المجموعة"، فإن ظاهره أنه يفسخ، ويحتمل أن يعاد ليعطوا الفضل[2].

(ص): **(وفيها سأله وَصِيّ عن حمارين أراد أخذهما لنفسه بما أُعطي، فاستخفه لقلة الثمن)**

(ش): هو تخصيص لعموم قوله: (ولا يشتري)، واستغنى بقلة الثمن عن تعييبه ونقصه من التعليل والاجتهاد في تسويقهما، وكان ينبغي ذكره؛ لأن له أثرًا في الاستخفاف، قال فيها: وأرخص مالك لوصي سأله عن حمارين من حُمُر الأعراب في تركة الميت ثمنهما ثلاثة دنانير تسوق بهما الوصي في المدينة والبادية، فأراد أخذهما

(١) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٧/١، وحاشية الدسوقي: ٣٧٥/١٩.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢٩٨/٢، ومنح الجليل: ٤٧٦/٢٠.

لنفسه بما أُعطي، فأجاز ذلك، واستخفه لقلة الثمن[1].

(ص): (**ولا يبيع الوصي على الأصاغر التركة إلا بحضرة الأكابر، وإلا رفع للحاكم**)

(**ش**): لأنه لا نظر له على الأكابر.

قوله: (وإلا رفع للحاكم)، أي: وإن لم يكن الأكابر حضورًا رفع الوصي للحاكم.

قال في "المدونة": فيأمر من يلي معه البيع للغائب إذا كانت التركة عروضًا أو حيوانًا.

(ص): (**وإذا أَوْصَى لاثنين مُطْلَقًا، ترك على التعاون، فلا يستقل أحدهما إلا بتقييد، فإن مات أحدهما استقل**)

(**ش**): (مُطْلَقًا)، أي: من غير تقييد، فلم ينص على الاجتماع ولا على الانفراد؛ لأنه لا إشكال إذا نص على شيء أنه يُتبع، وكلامه ظاهر التصور، ووجه عدم استقلال أحدهما أن لكل واحد من النظر ما لصاحبه، فكانا في فعلهما كفعل رجل واحد، ولعدم استقلالهما[2].

قال في "المدونة": ليس لأحدهما أن يزوج دون صاحبه، إلا أن يوكله صاحبه، وإن اختلفا نَظَرَ السلطان[3].

ابن القاسم: ولا يجوز لأحدهما بيع، ولا شراء، ولا أمر دون الآخر.

اللخمي: فإن فات ما باعه أحدهما، فعلى الذي انفرد بالبيع الأكثر من الثمن، أو القيمة، وإن اشترى وفات البائع بالثمن، كانت السلعة المشتراة له، وغرم الثمن.

أشهب: إلا في الشيء التافه الذي لا بد لليتيم منه، مثل أن يغيب أحدهما، فيشتري الآخر الطعام والكسوة، وما يضر باليتيم استئخاره، وإن ادعى رجل بدعوى على الميت، لم يخاصم أحدهما دون الآخر، إلا أن يكون الآخر غائبًا، فإن انحصر الحاضر وقُضِيَ على الميت، وقف الغائب على حجته، ونظر ما عنده بعد قدومه، ولذلك إذا كان للميت دعوى، فلا يخاصم أحدهما دون الآخر، إلا أن يكون ذلك بوكالة، أو يكون

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٢٣، وتهذيب المدونة: ١/١٨٣.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٢٣، وتهذيب المدونة: ١/١٨٣.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٣١، وإرشاد السالك: ١/٢٢٠.

الآخر غائبًا[١].

وقوله: (فلو مات أحدهما استقل)، أي: بالنظر، وهذا خلاف ما قاله اللخمي، فإنه قال: إن مات عن غير وصية، لم يكن للحي أن يلي النظر وحده، وينظر السلطان في ذلك، فإما أقره وحده إن رأى لذلك وجهًا، أو يشرك معه غيره.

وكذا قال (ر): أن ما ذكره المصنف مشكل؛ لأن المُوصِي لم يجعله مستقلا، فكيف يستقل، والذي جرى عليه عمل القضاء في عصرنا ببلدنا أن يجعل معه آخر، وإذا شهد عندهم أنه أهل للاستقلا، جعلوا له ذلك. انتهى.

وفي "النوادر"، عن علي بن زياد: (أنه يجعل معه غيره).

لكن ذكر في "النوادر"، عن ابن القاسم: إذا مات أحدهما ولم يوص، فإن كان الباقي بين العدالة والكفاية، لم أرَ أن يجعل معه القاضي غيره، وإن لم يكن بين العدالة مبرزًا، أو يحتاج إلى معونة، فليجعل معه غيره، فيكون كالميت.

وعلى هذا فيحمل كلام المصنف على ما إذا كان القاضي بَيّن العدالة والكفاية، ويكون اعتمد على ما قدمه من اشتراط الكفاية والعدالة، والله أعلم[٢].

(ص): (وفي انتقاله لمن أَوْصَى إليه قولان، بخلاف ما لو أوصيَا مَعًا)

(ش)، أي: لو مات أحدهما، وأَوْصَى بماله، ففي انتقال الإيصاء لمن يوصي إليه قولان[٣]:

الإمضاء؛ ليحيى بن سعيد في "المدونة" وأشهب.

والمنع؛ لسحنون.

اللخمي: وهو أصل ابن القاسم؛ لأنه لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالنظر دون غيره، ولا أن يقيم غيره في التصرف في الحياة في شيء دون مؤامرة صاحبه، فكذلك عند الموت[٤].

ونقل ابن رشد الثاني، عن مالك، وابن القاسم نَصًّا، وهو ظاهر المذهب، ورأى في الأول أن الميت مستقل بذلك القدر الذي أَوْصَى به، بخلاف ما لو أوصيَا مَعًا، فإنها

---

(١) انظر: الاستذكار: ٢٦٩/٧، وحاشية الصاوي: ٤٧٤/١٠.

(٢) انظر: المدونة: ٣٦٥/٤، والبهجة في شرح التحفة: ٥٢٠/٢.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٣٣/٦، وشرح مختصر خليل: ١٥٣/٢٤.

(٤) انظر: المدونة: ٣٣٢/٤، وإرشاد السالك: ٢٢١/١.

تنفذ على القولين لاجتماعهما عليها، فكان ذلك كاجتماعهما على شيء في حياتهما.

اللخمي: وإن جعل الميت منهما النظر للحي، ورضي الحي بذلك، جاز، وكذلك إن أقام آخر معه، ووافقه عليه الحي، جاز من غير مؤامرة حاكم.

(ص): **(وإذا اختلف الوصيان في أَمْرٍ، تَوَلَّى الحاكم المُخْتَلَف فيه)**

(ش): ذكر أمرًا ليعمَّ البيع والشراء، وترشيد المحجور عليه، وتزويجه، وغير ذلك.

وقوله: (تَوَلَّى)، أي: نظر، فإن كان الصواب مع أحدهما، أمر الآخر بموافقته، وإن كان في غير ما قالاه أمرهما به، ومنعهما مما عداه[1].

(ع): وظاهر كلامه أنهما معزولان عَمَّا اختلفا فيه، وأَنَّ القاضي حينئذ يَتَوَلَّى النظر في ذلك الشيء الذي اختلفا فيه، وإن كان الصواب مع أحدهما، وليس كذلك، وعلى ما فسرنا به كلامه يندفع هذا[2].

(ص): **(فإن كان في مالٍ وَضَعَهُ عند أولاهما، أو غيرهما، ويجتمعان عليه)**

(ش)، أي: فإن كان المُخْتَلَف فيه في حفظ مال، وضعه الحاكم عند أولاهما؛ لكونه أعدل[3].

مالك: يكون المال عند أعدلهما، ولا يُقسم.

قال ابن القاسم: وإن كانا في العدالة سواء، فأحرزهما، أو أكفأهما.

وفي كلام بعضهم: الترجيح بكثرة الملأ عند استوائهما في العدالة.

اللخمي: وكل هذا استحسان، ولو جعلاه عند أدناهما في العدالة لم يضمنا؛ لأن كليهما عدل، وقد يكون أحدهما أئمن، والآخر أكفأ[4].

مالك في "المُوَّازِيَّة": وإن اختلفا حينئذ طبع عليه، وجعله عند غيرهما.

ابن كنانة: وكذلك إذا جعله السلطان عند أحدهما يجتمعان عليه.

وقوله: (يجتمعان عليه).

(ع): لا يظهر له كبير معنى؛ لأنهما إن أخرجاه من أيديهما باختيارهما مع وجود الصفات المعتبرة فيهما، فلا ينبغي أن يلتفت إلى اجتماعهما، ولا إلى اختلافهما.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٣٠٨/١، وحاشية الدسوقي: ٣٧٦/١٩.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٥٤٥/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٣٧/٣.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ٢٨٤/١، والفواكه الدواني: ٨٧/١.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٨/١٢، وما بعدها، والتلقين: ٢٢٩/٢.

(خ): والأحسن أن يكون معنى قوله: (يجتمعان عليه)، أي: يجتمعان في التصرف فيه؛ لأنه وإن جعل عند أحدهما أو غيرهما، فلا يتصرف فيه إلا الاثنان.

(ص): **(وفي جواز قسمهما المال قولان)**

(ش): القول بجواز القسم لعلي بن زياد.

والقول بعدمه لمالك، وابن القاسم، وأشهب[1].

وعَلَّلَهُ ابن كنانة: بأن المُوصِي قد يريد اجتماعهم، فيريد أحدهم لأمانته، والآخر لكفايته، والآخر لرأيه.

(ص): **(وعلى المنع يضمن كل واحد ما هلك بيد صاحبه)**

(ش)، أي: إذا فرعنا على قول مالك بمنع القسم، وظاهر كلامه: أنه لا يضمن ما هلك بيده، وهو ظاهر قول ابن الماجشون على ما في "النوادر"، وابن يونس؛ لأنهما حكيا عنه: إذا اقتسماه ضمناه، وإن هلك ما بيد أحدهما، ضمنه صاحبه حين أسلمه إليه[2].

ونقل اللخمي عنه: ضمان الجميع، فيضمن ما عنده؛ لاستبداده بالنظر فيه، وما عند صاحبه؛ لأنه رفع يده عنه.

وقال أشهب: لا يقتسمانه، وإن اقتسماه لم يضمنا.

(ص): **(وللمُوصَى إليه عزل نفسه في حياة المُوصِي، ولو بعد القبول على الأصح)**

(ش)، يعني: للمُوصَى عزل نفسه في حياة المُوصِي بعد القبول على الأصح، وأما قبله فلا شك أن له أن لا يقبل[3].

والأصح ظاهر "المدونة"، وصريح قول أشهب؛ لأنه لم يقره، وهو قادر على أن يستبدل غيره.

ومقابله لعبد الوهاب في "المعونة"، قال: إذا قبل الوصي الوصية، ثم أراد تركها، لم يجز له ذلك، إلا أن يعجز عنها، أو يظهر له عذر في الامتناع من المقام عليها.

(ع): وهو ظاهر قول غيره من العراقيين.

بعض المغاربة: لأن ذلك كهبة بعض منافعه.

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٢٩٩، ومنح الجليل: ٢٠/٤٧٩.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٢٧، وتهذيب المدونة: ١/١٨٤.

(٣) انظر: الاستذكار: ٧/٢٧٢، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٧٧.

والمبالغة في قوله: (ولو بعد القبول) ليست بظاهرة؛ لأنه قبل القبول ليس بوصي.

(ص): **(ولا رجوع له بعد الموت، والقبول على الأصح)**

(ش)، يعني: لا رجوع للوصي بعد الموت إذا قبل الوصية، وظاهره سواء قبلها في حياة المُوصِي، أو بعد موته.

ونص في "المدونة" على الأول، وأشهب على الثاني، قال: وسواء قبل لفظًا، أو جاء منه ما يدل على ذلك من البيع والشراء لهم مما يصلحهم، والاقتضاء والقضاء عنهم، وغير ذلك.

(ع): وقال بعضهم: لا فرق بين قبوله بعد الموت، أو قبله أَنَّ له الرجوع، وأخذه من تعليل أشهب لرجوعه في الحياة بأنه لم يغره، فألزمه[1].

اللخمي: أن يكون له الرجوع إذا قبل بعد الموت؛ لكونه لم يغره[2].

(ص): **(ولو أَبَى القبول بعد الموت، فليس له القبول بعد)**

(ش): هكذا نص عليه أشهب، وابن عبدوس، فإن رأى القاضي تقديمه، صار كمقدم القاضي.

(ص): **(ثم المُوصِي يقضي ديون الصبي، ويُنفق عليه بالمعروف، ويُزَكِّي ماله، ويدفعه قراضًا وبضاعة)**

(ش): لأن الوصي وكيل على مصلحة اليتيم وحفظ ماله، فلذلك يقضي ديونه، وينفق عليه بالمعروف[3].

وفسره اللخمي: بأن يكون على حسب المال من قِلَّتِه وكثرته، فلا يُضَيَّق على مَنْ له المال الكثير، فينفق عليه دون نفقة مثله، ولا يسرف، ويُوَسَّع في الأعياد حسب العادة، ويُضَحِّي عنه من ماله، إلا أن يكون قليل المال، أو يضر به ذلك.

وينفق على المولى عليه في ختانه، وفي عُرسه، ولا حرج على من دُعِي فأكل، ولا يدع اللاعبين، وهو ضامن لما أنفق في ذلك، أو في غيره من الباطل[4].

ووَسَّعَ ربيعة أن يشتري له اللَّعب، قال: لأن ذلك مما يُسَلِّيه، ويجوز أن يدفع إليه

---

(١) انظر: المدونة: ٣٦٨/٤، والبهجة في شرح التحفة: ٥٢٢/٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٣٦/٦، وشرح مختصر خليل: ١٦٣/٢٤.

(٣) انظر: المدونة: ٣٣٢/٤، وإرشاد السالك: ٢٢١/١.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٨/١٢، وما بعدها، والتلقين: ٢٢٩/٢.

من النفقة ما يرى أنه ينفقه الشهر ونحوه، فإن خيف أن يتلفه قبل تمام الشهر، أو عُلم ذلك منه فنصف شهر، أو جمعة على قدر ما يعلم منه، وإن كان يُتْلفه قبل ذلك فيوم بيوم[(١)].

ويزكي ماله، قال في "المدونة": ويخرج عنه، وعن عَبيده الفطر، ويضحي عنه، وهذا إذا أمن أن يتعقب بأمر من اختلاف الناس، وفيه إشارة إلى ما قاله غير واحد: أنه لا يزكي ماله حتى يرفع للسلطان، كما قال مالك: إذا وُجِدَ في التركة خمرًا لا يُهرقها إلا بعد الرفع له؛ لئلا يكون حنفيًا يرى جواز التحليل، فيضمنه إن أراقها بغير إذنه.

وكذلك الحنفي يرى سقوط الزكاة[(٢)].

قيل: وإنما هذا في البلاد التي يخشى فيها ولاية الحنفي، وأما البلاد التي لا يكون فيها، أو أقل ما يكون فيها، فلا معنى للرفع.

(ع): وأيضًا فأبو حنيفة إنما يخالف في بعض المحاجير، وهم الصغار، وفي بعض المال وهو العين، أي: فلا يحتاج في غيرهما إلى الرفع.

ويدفعه قراضًا وبضاعة؛ لأن ذلك من التنمية.

(ص): **(ولا يعمل هو فيه قِرَاضًا عند أشهب)**

(ش): لأنه كمن أجر نفسه، وهو لا يجوز له ذلك، كما لا يبيع له سلعة لنفسه.

بعض أصحابنا: فإن أخذه على جزء من الربح يشبه قراض مثله أمضي كشرائه شيئًا لليتيم[(٣)].

(ص): **(ولا يبيع على الكبار إلا بحضرتهم)**

(ش): قد تقدم هذا.

(ص): **(ولا يقسم عليهم إذا كانوا غُيَّبًا حتى يأتي السلطان، خلافًا لأشهب)**

(ش): قال في "المدونة": ولو غاب أحد الأكابر، لم يجز قَسْم المُوصِي عليه، ولا يقسم للغائب إلا الإمام، ويوكل بذلك، ويجعل ما صار له بيد أمين[(٤)].

وقوله: (ولا يقسم عليهم)، أي: لتمييز حق الصغار، وأما قسمته عليهم فيما بينهم

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٢٧/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٤/١.

(٢) انظر: المدونة: ٣٦٨/٤، والبهجة في شرح التحفة: ٥٢٢/٢.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٣٦/٦، وشرح مختصر خليل: ١٦٣/٢٤.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٤٩٨/١٢، وما بعدها، والتلقين: ٢٢٩/٢.

بانفرادهم، فلا تجوز اتفاقًا.

وقوله: (خلافًا لأشهب) خلافه مع أشهب خاص بالعين والطعام إذا كان صنفًا واحدًا، على ما نقله اللخمي وغيره[١].

وأما غير العين والطعام، فلا يقسم الوصي إن كان فيهم كبار غُيَّب، إلا بوكالة منهم، أو من الإمام، فإن فعل فهو إذا أقدم مخير[٢].

(ع): وظاهر كلام المصنف أنه لو كان الكبار حضروا لما احتاج الوصِيُّ إلى الرفع إلى الحاكم، فإن أراد بذلك تمييز نصيب الصغار على الكبار، فلا يبعد، وإن أراد مع ذلك تمييز نصيب الكبار فيما بينهم، فهو خلاف ما استحسنه في "المدونة".

(ص): **(ومهما نازعه الصبي في قدر النفقة، فالقول قوله؛ لأنه أمين)**

(ش)، يعني: إن نازع الصبي الوصي في قدر النفقة، فالقول قول الوصي، وعَلَّلَهُ بأنه أمين، وهو مقيد بقيدين في "المدونة"، قال فيها: ويصدق في الإنفاق عليهم إن كانوا في حجره، ولم يأت بسرف[٣].

وظاهر ما في زكاة الفطر من "المدونة": أنه لا يشترط كونهم في حضانته، لكن الأظهر اعتبار هذا الشرط إلا ما استحسنه اللخمي من أن الأم إذا كانت فقيرة محتاجة، ويظهر على الولد أثر النعمة والخير؛ أن الولي يصدق، وإن لم يكونوا في حجره، ولعل المصنف ترك القيد الأول؛ لأنه فرض النزاع مع الصبي، ولو كانوا في حجر يره، لكان نزاعه إنما هو مع من هو في حجره.

وترك القيد الثاني للإحالة على القواعد؛ إذ كل من قُبِلَ قوله فإنما ذلك إذا ادَّعى ما يُشبه، وإذا قلنا: القول قوله، فلا بد من حلفه، نَصَّ عليه مالك، وابن القاسم، وغيرهما، واختلف إذا أراد أن يحسب أَقَلَّ ما يمكن، ويسقط الزائد.

فقال أبو عِمران: لا يميز عليه.

وقال عياض: لا بد منهما؛ إذ قد يمكن أقل منه.

(ص): **(بخلاف ما لو نازعه في تاريخ موت الأب، أو في دفع المال إليه بعد البلوغ والرشد)**

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٤٥، والكافي في فقه أهل المدينة: ٣/١٠٣٧.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٨، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٧٦.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٣٢، وإرشاد السالك: ١/٢٢١.

(ش)، أي: فإن القول للصبي، وهذا وإن كان يرجع إلى تكثير النفقة إلا أن الأمانة لم تتناول الزمان المتنازع فيه[1].

وقوله: (أو في دفع المال)، أي: فيكون القول للصبي؛ لأنه قد ادَّعى الدفع لغير من ائتمنه، خلافًا لابن عبد الحكم، ومنشأ الخلاف هو قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]، هل لئلا تغرموا؟ أو لئلا تحلفوا؟

وعلى المشهور إذا قلنا: لا يقبل قول الوصي[2].

فقال مالك في "المُوَّازِيَّة": إلا أن يطول زمان ذلك، كالثلاثين سنة، والعشرين، يقيمون معه، ولا يطلبونه، ولا يسئلونه عن شيء، ثم يطلبونه، فإنما عليه اليمين.

ابن رشد: وهو ظاهر قسمة "العتبية"، ووجهه ظاهر؛ لأن العرف يكذبهم.

وقال ابن زرب: إذا قام بعد عشر سنين أو ثمانية، لم يكن له قبله إلا اليمين.

(ع): ومَالَ ابن رشد إلى القول الأول.

(خ): وينبغي أن ينظر إلى قرائن الأحوال، وذلك يختلف. والله أعلم.

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٢٧/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٤/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٣٦/٦، وشرح مختصر خليل: ١٦٣/٢٤.

كتاب الفرائض

(ص): (الفرائض)

(ش): جمع فريضة[1]، وهي من قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧]، أي: قدرتم وأوجبتم.

وعلم الفرائض علم شريف، وهو وإن كان جزءًا من الفقه، لكنه لامتزاج نظر الناظر فيه بين الفقه والحساب، صار كأنه علم مستقل، فلذلك أفرد العلماء التواليف، ولم يخل الفقهاء تواليفهم منه.

ورَوَى الترمذي عنه عليه الصلاة والسلام، قال: "تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإني مقبوض"[2].

ورَوَى أبو داود، عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "العلم ثلاثة، وما سوى ذلك فهو فضل: آية محكمة، أو سنة ماضية، أو فريضة عادلة"[3].

ورُوِيَ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: "تَعَلَّمُوا الفرائض وعَلِّمُوها، فإنها نصف العلم، وإنها تُنْسَى، وإنها أول ما يرفع"[4]. ومعنى (تُنْسَى)، أي: تُتْرَك.

---

(١) قال ابن منظور: فرَضْت الشيء أَفرِضه فَرْضاً، وفَرَّضْتُه للتكثير أَوْجَبْتُه، وقوله تعالى: ﴿سُورةٌ أَنْزَلْناها وفَرَضْناها﴾ [النور: ١] ويقرأ وفرَّضْناها، فمن قرأَ بالتخفيف فمعناه أَلزَمْنا كم العَمل بما فُرِضَ فيها، ومن قرأَ بالتشديد فعلى وجهين أَحدهما على معنى التكثير على معنى إِنا فرضنا فيها فُرُوضاً، وعلى معنى بَيَّنَّا وفَصَّلْنا ما فيها من الحلال والحرام والحدُود، وفَرائضُ اللهِ حُدودُه التي أَمرَ بها ونهَى عنها وكذلك الفَرائضُ بالمِيراثِ. انظر: لسان العرب: ٢٠٢/٧.

(٢) أخرجه الترمذي، رقم (٢٠٩١).

(٣) أخرجه أبو داود، رقم (٢٨٨٥) بإسناده ضعيف، فيه عبد الرحمن بن زياد الإفريقي وعبد الرحمن بن رافع التنوخي وهما ضعيفا الحديث. وأخرجه أيضا ابن ماجه، رقم (٥٤) والحاكم في المستدرك: ٣٣٢/٤، جميعا من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٤) أخرجه ابن ماجه، رقم (٢٧١٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، بإسناد ضعيف، فيه حفص بن عمر القرشي وهو ضعيف الحديث، والحاكم في المستدرك: ٣٣٢/٤ مرسلا، و٣٣٣ من حديث عبد الله بن مسعود.

(ص): (الوارث من الرجال عشرة: الابن، وابن الابن وإن سفل، والأب، والجد للأب وإن علا، والأخ مُطْلَقًا، وابن الأخ الشقيق أو للأب وإن سفل، والعم لهما وإن علا، وابن العم لهما وإن سفل، والزوج، ومولى النعمة)

(ش): من الفُرَّاض من لم يتعرض لعد الوارث، وإنما يقول: الفروض ستة، ثم يقول: وأصحاب النصف كذا إلى آخره(١).

ومنهم من يعده كالمصنف، ثم إن أكثر هؤلاء يحصرهم في عشرة، وزاد بعضهم نوعًا حادي عشر، فقال: ومولى المولى، وكذا ذكر في النساء.

ومنهم من جعل الوارثين خمسة عشر، وهي كطريقة المصنف سواء، لأن قوله: (مُطْلَقًا) يشمل ثلاثة: الأخ الشقيق، والأخ للأب، والأخ للأم، وقوله: (ابن الأخ الشقيق أو للأب) يدخل فيه اثنان، وكذلك العم لهما، وكذلك ابن العم.

وسَفُلَ بضم الفاء وفتحها، حكاهما صاحب " المحكم"، وغيره، النووي: والفتح أشهر، واحترز بـ (ابن الأخ الشقيق أو للأب) من ابن الأخ للأم، فإنه من ذوي الأرحام، وكذلك احترز بـ (العم لهما) من العم للأم، فإنه أيضًا من ذوي الأرحام.

(ص): (ومن النساء سبع: البنت، وبنت الابن وإن سفل، والأم، والجدة وإن علت غير أم جد، والأخت مُطْلَقًا، والزوجة، ومولاة النعمة)

(ش): هذا أيضًا على طريق الاختصار، وأما طريق البسط فتعد النساء عشرة، والاختصار وقع في الجدة؛ لأنها تشمل الجدة للأب، والجدة للأم، وفي الأخت لأنها تشمل الشقيقة، والأخت للأب، والأخت للأم(٢).

(ص): (وهو بتعصيب، وفرض، وولاء)

(ش)، أي: والإرث، وقوله: (بتعصيب)، أي: نَسَب، ولا يلزمه التداخل؛ لأن الميراث بالولاء أحد قسمي التعصيب. وكأنه قال: بتعصيب نسب، وتعصيب ولاء.

(ص): (فالتعصيب فيمن يستغرق المال إن انفرد، والباقي عن الفروض بقرابة)

(ش): عرف التعصيب بمحله، وهو أنه يكون فيمن يأخذ المال إذا انفرد، والباقي عن ذوي الفروض، وبهذا يعرف أن حد العاصب: من يرث المال إذا انفرد، والباقي عن

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٣٤، وإرشاد السالك: ١/٢٢٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٩، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٧٨.

ذوي الفروض[١].

واحترز بقوله: (بقرابة) من الولاء.

(ص): **(ولا يكون إلا في ذَكَرٍ يدلي بنفسه، أو بِذَكَرٍ)**

(ش)، أي: ولا يكون التعصيب، فإن قيل: فقد قالوا: إن الأخوات عصبة البنات. قيل: التحقيق أنهن لسن عصبة، وإنما هن كالعصبة، بدليل أن الأخوات لا يَحُزْنَ تجميع الميراث في حالة الانفراد، ولئن سُلِّمَ أنهن عصبة، فيجعل قوله: (أو بذَكَرٍ) معطوفًا على (في ذَكَرٍ)، أي: إلا في ذَكَرٍ، أو بسبب ذَكَرٍ، والأخوات بسبب ذكر[٢].

لكن يَرُدُّ هذا أن المصنف قد ذَكَرَ أَوَّلا أن العاصب من يحوز المال إذا انفرد، والأخت ليست كذلك.

(ص): **(والفرض فيمن يرث بالتقدير)**

(ش): عرف أيضًا الفرض بمحله، ومنه يعلم أن الفرض التقدير، والوارثون بالفرض ثلاثة أصناف:

١ - صنف لا يرث إلا بالفرض، وهو: الأم، والجدة، والزوج، والزوجة، والواحد من ولد الأم.

٢ - وصنف يرث بالفرض والتعصيب، وقد يجمع بينهما، وهو: الأب، والجد يفرض له السدس مع الولد، أو ولد الولد، ثم إن فضل شيء أخذه بالتعصب.

٣ - وصنف يرث تارة بالفرض، وتارة بالتعصيب، ولا يجمع بينهما وهو: البنات، وبنات الابن، والأخوات الشقائق أو للأب[٣].

(ص): **(وهو النِّصْفُ، ونِصفه، ورُبعه، والثُّلثان، ونصفهما، وربعهما)**

(ش)، يعني: أن الفروض ستة: النصف، ونصفه وهو الربع، ونصفه وهو الثمن، والثلثان، ونصفهما وهو الثلث، ونصفه وهو السدس[٤].

١ - فالنصف لخمسة: للبنت، وبنت الابن، وللأخت الشقيقة، وللأخت للأب، وللزوج مع عدم الولد وولد الابن.

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٥٥٥/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٤٠/٣.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ٢٨٦/١، والفواكه الدواني: ٩٠/١.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٥٠١/١٢، وما بعدها، والتلقين: ٢٤٠/٢.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٣٠١/٢، ومنح الجليل: ٤٨٠/٢٠.

٢ - والربع لاثنين: للزوج مع الولد، أو ولد الابن، وللزوجة مع عدمهما.

٣ - والثمن لصنف واحد: وهو الزوجة، أو الزوجات مع الولد، أو ولد الابن.

٤ - والثلثان لأربعة: وضابطه أنه إذا تعدد من له النصف وأمكن تعدده، فله الثلثان، واحترزنا بقولنا: (وأمكن تعدده) من الزوج؛ لأنه لا يمكن شرعًا[1].

٥ - والثلث لثلاثة:

- للأم مع عدم الحاجب.
- وللاثنين فصاعدًا من ولد الأم.
- وأحد فروض الجد.

٦ - والسدس لسبعة: الأب مع الولد، أو ولد الابن، والأم كذلك، أو مع الاثنين من الإخوة، والجد مع الولد، أو ولد الابن، والجدة، ولابنة الابن مع البنت، وللأخت للأب مع الشقيقة، ولواحد من الإخوة للأم، ذَكَرًا كان أو أُنثى، وأحد فروض الجد.

تنبيه

زاد بعضهم في الفروض ثلث ما يبقى، وذلك في ثلاث مسائل: وهي زوج وأبوان، وزوجة وأبوان، وفي مسائل مع الإخوة إذا كان ثلث ما يبقى أحظى له.

(ص): **(والولاء فيمن يُدلي بعتق)**

(ش)، أي: وتعصيب الولاء، وقوله: (من يدلي) يشمل المرأة، والمراد بـ (من يدلي): المعتق، لا معتق المعتق؛ لقوله بعد: (ثم معتق المعتق).

(ص): **(ويخلفه أَوْلَى عصباته يوم موت العتيق، فيقدر موت المعتق حينئذ، فمن استحق ميراثه بأولى عصوبة، وَرِثَ عتيقه)**

(ش)، أي: ويخلف المعتق أَوْلَى عصباته يوم موت العتيق، فلذلك لو مات رجل وترك ولَدَيْن وولاء موالي، ثم مات أحدهما وترك ولدًا، فأخذ ولد الولد مال أبيه، ثم مات أحد المعتقين، فأراد ابن الابن أن يأخذ نصف ولائه، وقال: كما أخذت مال أبي، فكذلك آخذ نصف الولاء، فإن عمه أَوْلَى؛ لأنه يقول: أنا وأبوك لم نعتق، وإنما أعتق أبونا الآن، وإنما أعتق أبونا، ولو مات أبونا الآن من كان يرثه أنا أو أنت[2]؟

(ص): **(ثم معتق المعتق، ثم عصبته، ويتعرف الأقرب عند تعدد من يدلي به**

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٣٠، وتهذيب المدونة: ١/١٨٦.

(٢) انظر: الاستذكار: ٧/٢٧٥، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٨٠.

بالاشتراك في الأب الأدنى، فلذلك كان الأخ وابن الأخ في باب الولاء أَوْلَى من الجد، وكان ابن العم مُطْلَقًا أَوْلَى من عم الأب مُطْلَقًا)

(ش)، يعني: ثُمَّ من بعد المعتق وعصباته معتق المعتق وعصباته، فلذلك كان الأخ وابنه أَوْلَى من الجد؛ لأن الأخ وابنه يجتمعان مع الميت في أبيه، والجد إنما يجتمع معه في أبي الجد، وكان ابن العم مُطْلَقًا، أي: سواء كان شقيقًا أو لأب أولى من عم الأب؛ لأن ابن العم يجتمع مع الميت في جده، وعم الأب إنما يجتمع مع الميت في جد الأب[1].

(ص): **(وأما الابن فعصبة)**

(ش): لما انقضى كلام المصنف على أسباب التوارث ابتدأ بالكلام على الوارثين بطريق التفصيل.

وقوله: (عصبة)، أي: يأخذ المال إن انفرد، والباقي بعد ذوي الفروض، ولا إشكال في تعصيب الابن، وإخباره عن الابن بالعصبة إما بناء على أن العصبة تطلق على المفرد، وإما على أن المراد بالابن الجنس.

الجوهري: وعصبة الرجل بنوه، وقرابته لأبيه، وإنما سُمُّوا عصبة؛ لأنهم عصبوا به، أي: أحاطوا به.

(ص): **(وأما ابن الابن، فيحجبه الابن، والأقرب يحجب الأبعد، وإلا فعصبة)**

(ش)، أي: ابن الابن واحدًا كان، أو جماعة، فيحجبه الابن، والأقرب من ولد الابن يحجب الأبعد، فابن الابن يحجب ابن ابن الابن، وهكذا.

(ص): **(وأما الأب؛ فالسدس مع الابن، وابنه، ومع الفرض المستغرق، أو المقلل كزوج وابنتين وأم وأب، وإلا فما بقي، وقد يكون بعضه فرضًا)**

(ش): للأب ثلاث حالات:

الأولَى: أن يرث بالفرض فقط.

والثانية: بالتعصيب فقط.

والثالثة: أن يرث بهما[2].

أما الحالة الأولَى: فإذا كان مع الابن أو ابنه، أو الفرض المستغرق كابنتين وأبوين،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٧٠، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٣٠.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٣٤، وإرشاد السالك: ١/٢٢٢.

أو المقلل، ومثاله ما ذكره المصنف: زوج وابنتان وأبوان، أصل الفريضة من اثني عشر؛ لحصول الربع والسدس، للزوج ثلاثة، ولكل واحدة من البنتين أربعة، ولكل من الأب والأم سهمان تعول إلى خمسة عشر.

الحالة الثانية: أن يرث بالتعصيب فقط، وذلك إذا لم يكن في المسألة ولد، لا ذكر ولا أنثى، فإن انفرد أخذ جميع المال، وإلا أخذ الباقي بعد ذوي الفروض، وإليه أشار بقوله: (وإلا فما بقي).

الحالة الثالثة: وإليها أشار بقوله: (وقد يكون بعضه فرضا)، وذلك مع البنت، أو بنت الابن، أو الاثنين من ذلك فصاعدًا، فيفرض له أولا السدس، ثم يأخذ الباقي بالتعصيب إن بقي شيء.

(ص): **(وأما الجد، فكالأب، ويحجبه الأب)**

(ش)، أي: في الأحوال الثلاث، ولا خلاف أن الأب يحجب الجد، ولأن الأقرب من الأجداد يحجب من فوقه.

(ص): **(ويأخذ مع الإخوة الذكور، أو الإناث الشقائق، أو للأب الأفضل من الثلث، والمقاسمة، فيقدر أخًا، ثم يرجع الشقيق أو الشقيقة على غيرهما بما كان لهما لو لم يكن جد)**

(ش): هذا مما يفترق فيه الأب والجد، فإن الأب يُسقط الإخوة مُطْلَقًا، والجد لا يسقطهم، وله معهم حالتان:

الأولَى: أن لا يكون معهم ذو فرض.

والثانية: أن يكون معهم ذو فرض[1].

فإن لم يكن معهم ذو فرض، فللجد مع الأخوة والأخوات، سواء كانوا شقائق أو لأب، وسواء اجتمع الذكور والإناث، أو انفرد أحدهما، الأفضل من ثلث جميع المال والمقاسمة، فيقاسم أخًا واحدًا، أو أختين، أو ثلاث أخوات، فإن كانوا أَخَوَان أو أربع أخوات، استوَت المقاسمة والثلث، فإن زاد الإخوة على اثنين، أو الأخوات على أربع، لم ينقص من الثلث[2].

وقوله: (فيقدر أخًا)، أي: في مقاسمة الإخوة. وقوله: (ثم يرجع الشقيق أو

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٨٦، والفواكه الدواني: ١/٩٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٠١، وما بعدها، والتلقين: ٢/٢٤٠.

الشقيقة)، يعني: إذا اجتمع مع الجد الأشقاء وللأب، عاد الأشقاء الجد بالإخوة للأب؛ ليمنعوه بذلك كثرة الميراث، فإذا أخذ الجد حصته، رجع الأشقاء على الذين للأب بما لهم لو لم يكن جد، فإن كان شقيق أو أكثر، فلا شيء للأخوة للأب، وإن لم يكن في الأشقاء ذَكَرٌ، أخذت الواحدة النصف، والاثنتان الثلثين، ثم إن فضل شيء فهو للإخوة للأب، وما ذهب إليه مالك من المعادة هو قول زيد بن ثابت، قالوا: وانفرد بها من بين الصحابة، لكن تبعه غير واحد، ووجهها: أن من حجة الشقيق أن يقول للجد: أنا لو لم أكن، لم تمنع أنت الأخ للأب، فأستحق أنا ما استحقه؛ لأني أنا الذي منعته، ولأن الجد يحجبه الأخ للأب عن كثره الميراث، فيحجبه وارثًا، وغير وارث، كالأم والإخوة للأم.

وقوله: (ثم يرجع الشقيق) فيه استعارة؛ إذ ليس هنا دفع شيء حتى يتعقبه استرجاع، وإنما هو تقديري، أي: ما جعل للأخوة للأب يُحَوَّلُ للأشقاء[١].

(ص): **(فلذلك لو كانت شقيقة، وإخوة لأب، وجد، أخذت الشقيقة النصف)**

(ش)، أي: ولأجل رجوع الشقيقة بما لها، لو تُوُفِّيَ وترك أُختًا شقيقة، وجَدًّا، وثلاثة إخوة لأب؛ لأن أقل الجمع ثلاثة، فللجد الثلث، وهو خير له من المقاسمة، وللشقيقة النصف، والباقي للإخوة للأب، فتصح من ثمانية عشر[٢].

(ص): **(وإن كان معهم ذو سهم، فللجد الأفضل من ثلث ما بقي، والمقاسمة والسدس)**

(ش): هذه هي الحالة الثانية، أي: فإن كان مع الجد والإخوة ذو فرض، فإن له بعد أخذ صاحب الفرض فرضه الأفضل من ثلاثة أشياء: ثلث ما يبقى والمقاسمة فيكون كأحد الإخوة، والسدس من رأس المال، فإذا تُوُفِّيَ وترك جدة وجدًّا وأُختًا، أو أختين، أو ثلاثًا، أو أربعًا أو أخًا، أو أخوين، أو أخًا مع أخت، أو أخًا مع أختين؛ كانت المقاسمة خيرًا للجد، وفي مسائل غير هذه، وهي إذا خرج الربع، أو الربع مع السدس، فإن زاد الإخوة على أخوين، أو أربع أخوات؛ كان ثلث ما بقي خيرًا له من المقاسمة، ومن السدس[٣].

فإن كان مع الزوج ومثله البنت، وقد زاد الإخوة على اثنين، أو عدلهما، وذلك

(١) انظر: الاستذكار: ٧/٢٧٥، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٨٠.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢/٣٠١، ومنح الجليل: ٢٠/٤٨٠.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٧٠، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٣٠.

أربع أخوات، أو أخ وأختان؛ استوى ثلث ما بقي، والسدس من رأس المال.

فإن كان الجد مع البنت والزوجة، قَاسَمَ أخًا أو أختين، فإن زاد عدد الإخوة، كان السدس خيرًا.

أما لو ترك أُمًّا وأُختًا وجدا، فأخذت الأم ثلثها؛ لكانت المقاسمة خيرًا للجد، فيكون له ثُلُثَا ما بقي، وللأخت ثلثه، فتصح المسألة من تسعة، وتُسَمَّى هذه المسألة (الخرقاء)؛ لأنه اختلف فيها خمسة من الصحابة رضي الله عنهم، ولذلك تُسَمَّى الخمسة، وهم: أبو بكر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت.

وبيان مذاهبهم في المطولات، وذكرناها للتنبيه على المعمول به من الخلاف.

(ص): **(ثم يتراجع الإخوة)**

(ش)، أي: الأشقاء على الإخوة للأب بعد معادتهم بهم، كما تقدم[1].

(ص): **(إلا في مسألة تُسَمَّى الأكْدَرِيَّة والغرَّاء، وهي زوج وأم وجد وأخت شقيقة، أو لأب، فيفرض للأخت وله، ثم يرجع معها إلى المقاسمة؛ لِمَا لزم من نقصه، أو حرمانها مع إمكان الفرض)**

(ش): هذا راجع إلى قوله: (فيقدر أخًا) إلا في هذه المسألة، فإنه لا يُقاسم الأخت، ولا يقدر أخًا، بل يفرض له ولها، ثم يرجع معها إلى المقاسمة[2].

واختلف في سبب تسميتها الأكدرية، فقيل: لتكدر أصل زيد فيها؛ لأن من أصله عدم الفرض للأخت مع الجد، وعدم العول لها معه[3].

وقيل: لأن رجلا فرضيًّا يُقَالُ له: الأكدر، ويقال: إنه من الأكدر، سأل عنها عبد الملك بن مروان، وهو يومئذ خليفة، فأخطأ فيها، ثم استدرك خطأه، وقال: إليك عَنِّي يا أكدر، وقيل: أن عبد الملك هو الذي سأله عنها.

وقيل: لتكدر أقوال الصحابة، وكثرة أقوالهم فيها.

وقيل: لأن امرأة من أكدر ماتت وخلفتهم، فنسبت إليها.

وسَمَّاها مالك الغرآء، واختلف في سبب تلك التسمية، فقيل: إنها من غرَّة الفرس؛ لأنها لا شبيه لها في مسائل الجد، فهي كغرة الفرس.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٤٠/٦، وشرح مختصر خليل: ١٦٥/٢٤.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٥٥٥/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٤٠/٣.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٥٠١/١٢، والتلقين: ٢٤٠/٢.

وقيل: من الغرور؛ لأن الجد غَرَّ الأخت بسكوته عنها حتى فرض لها النصف، ثم عاد فقاسمها[1].

وهي ستة: للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، ثم أعيل للأخت بالنصف، فصارت من تسعة؛ لأنه لو لم يفرض لها لكانت إما أن تشارك الجد في السدس، فيلزم نقصه منه، وهو لا ينقص منه، أو لا تشاركه فيلزم حرمانها مع عدم الحاجب، فلذلك فرض لها، وهذا معنى قوله: (لما لزم من نقصه، أو حرمانها مع إمكان الفرض)، أي: لو لم يفرض لها لزم أحد أمرين كلا منهما لا يجوز[2].

ثم يقول الجد للأخت: لا ينبغي لك أن تزيدي عَلَيَّ في الميراث؛ لأني معك كالأخ، فَرُدِّي ما بيدك وبيدي ليقسم بيننا الذَّكَرُ مثل حظ الأنثيين[3].

والذي بيده سهم، والذي بيدها ثلاثة، فأربعة لا تصح على ثلاثة، فتضرب ثلاثة عدد الرءوس المنكسرة في الفريضة بعولها تكون سبعة وعشرين، فيأخذ الزوج ثلثها، وهو تسعة، ثم تأخذ الأم ثلث الباقي، وهو ستة، ثم تأخذ ثلث الباقي وهو أربعة.

ثم يأخذ الجد ما بقي، وهو ثمانية، وربما ألقيت في المعاياة، فقيل: أربعة ورثوا مالك، فأخذ أحدهم ثلث المال وانصرف، وأخذ الثاني ثلث ما بقي، والثالث ثلث ما بقي، والرابع ما بقي[4].

(ص): (**فلو كانت مع أخ، أو أخت، أو بنت، أو غيرهم؛ فليست بالأكدرية**)

(ش): لأنها إن كانت مع أخ لا يمكن أن يفرض لها، وإن كانت مع أخت لا يلزم حرمانها؛ لأن الأم ترجع إلى السدس، وإن كانت مع ابنة تصير المسألة من اثني عشر؛ لأن للزوج حينئذ الربع، وللأم السدس، وذلك خمسة، وللبنت النصف وهو ستة، وللجد سهمان تعول إلى ثلاثة عشر، ولا يمكن أن يفرض للأخت مع البنت، فتسقط.

واستشكل بعض الفرضيين ما قلناه إذا كان الأخوات اثنتين فأكثر، ورأى أن قياس قولهم في الأكدرية يوجب أن يفرض لهن؛ لأن نص الكتاب يوجب الفرض إذا لم يكن للميت ولد.

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٥٥، والكافي في فقه أهل المدينة: ٣/١٠٤٠.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٤٠، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٦٥.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٣٠، وتهذيب المدونة: ١/١٨٦.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٣٤، وإرشاد السالك: ١/٢٢٢.

وقوله: (أو مع غيرهم)، أي: كما لو كانت مع زوجة بدل الزوج. والله أعلم.

(ص): **(فلو كان موضعها أخ لأب، ومعه إخوة لأم، فقيل: للأخ السدس، وقيل: يسقط)**

(ش)، أي: موضع الأخت، والمعروف من المذهب هو القول الثاني، ولهذا تُسَمَّى هذه الفريضة المالكية، قالوا: لأن مالكًا يوافق زيد بن ثابت في الفرائض، إلا في هذه المسألة، فإنه خالفه فيها، فنسبت إليه[1].

ووجه قول مالك: أن الجد يقول للأخ للأب، أو للإخوة للأب: أرأيت لو لم أكن معكم، أكان يكون لكم شيء؟ فيقولون: لا، فيقول: فليس حضوري بالذي يوجب لكم شيئًا لم يكن[2].

والقول الأول هو قول زيد رضي الله عنه، ووجهه أن للإخوة للأب أن يقولوا للجد: أنت لا تستحق شيئًا من الميراث إلا شاركناك فيه، فلا تحاسبنا بأنك لو لم تكن؛ لأنك كائن، ولو لزم ما قُلْته لَلَزِم في ابنتين، وبنت ابن، وابن ابن أن لا ترث بنت الابن مع ابن الابن شيئًا، ولم يذهب إلى ذلك إلا ابن مسعود.

(ص): **(وأما الأخ الشقيق، فيحجبه الابن، وابن الابن وإن سفل، والأب، وإلا فعصبة، إلا في الحمارية، وهي المشتركة زوج وأم، أو جدة وأخوان فصاعدًا لأم، وأخ شقيق ذَكَرٌ وحده، أو مع غيره، فيشاركون الإخوة للأم الذكر كالأنثى)**

(ش): لا خلاف أن الأخ الشقيق يحجبه الابن، وابنه، والأب، وإن لم يكن أحدهم، فهو عصبة وإن لم يفضل له شيء، فلا شيء له؛ لأن العاصب كذلك، إلا في الحمارية، وهي التي ذكر المصنف صورتها، وسميت الحمارية؛ لأنها نزلت بعمر رضي الله عنه، فقضى فيها بإسقاط الأشقاء، ثم نزلت به مرة أُخرى، فأراد إسقاطهم، فقال له الأخ الشقيق: هؤلاء استحقوا الثلث بأمهم، وأمهم هي أمنا، فهب أبونا كان حمارًا، أليست أُمنا واحدة؟ فقضى بالاشتراك بينهم، فقيل له: يا أمير المؤمنين؛ إنك قضيت فيها عام أول بخلاف هذا، فقال: (تلك على ما قضينا، وهذه على ما قضينا اليوم).

ولتشريكهم تُسَمَّى أيضًا المشتركة، وإنما تشارك الأشقاء الإخوة للأم إذا كان في

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٣٠٩، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٧٨.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٠١، والتلقين: ٢/٢٤٠.

الإخوة الأشقاء ذَكَر، وسواء كان معه إناث أو لم يكن، وإذا لم يكن فيهن ذكر، لم تكن مشتركة، وتصير من مسائل العول، فإن كانت الأخوات واحدة، فقد عالت بنصفها، وإن كن أكثر أُعيل لهن بالثلثين[١].

قال ابن يونس: فتصح من عشرة، وتُسَمَّى البلجاء.

ولو كان موضع الأشقاء إخوة لأب، لسقطوا؛ لعدم احتجاجهم بمثل ما احجت به الأشقاء[٢].

فإن كان فيهم جد (ع): فلا نص عن مالك فيها، ومذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه أن للزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، وللإخوة الأشقاء كذلك.

واختلف أصحاب مالك فيها، فمنهم من قال بقول زيد، وقال: إن للأشقاء قرابتين، فإذا حجب الجد بني الأم، بقي للأشقاء سهمهم من قبل الأب، فيرثون مع الجد، ومنهم من جعل الثلث كله للجد، وحجتهم ما تقدم. انتهى[٣].

الجَعْدِي: وذكر أبو النجا الفارض، عن مالك: السقوط؛ لأن الجد يقول للإخوة للأب: أرأيتم لو لم أكن أنا، أكان يجب لكم شيء ترثونه بأبيكم، فيقولون: لا، فيقول لهم: فليس حضوري بالذي يوجب لكم شيئًا لم يكن.

الجعدي: وتأول مسألة " الموطأ " على ذلك، وتأول ذلك غيره أيضًا، وهو قول مالك.

وقول المصنف: (الذكر كالأنثى)؛ لأنهم إنما ورثوا بأمهم.

(ص): **(وأما الأخ للأب، فيحجبه الشقيق، ومن حجبه، والشقيقة العصبة، وإلا فعصبة)**

(ش)، يعني: يحجب الأخُ للأب الأخَ الشقيق، والابن وابنه، والأب، والشقيقة العصبة كبنت، وأخت شقيقة، وأخ لأب، فإذا عدم الحاجب كان الأخ للأب عصبة.

(ص): **(وأما الأخ للأم، فالسدس ذَكَرًا كان أو أنثى، وللاثنتين فصاعدًا الثلث، ويحجبهم من حجب الشقيق والبنت، وإن سلفت، والجد)**

(ش): لا خلاف في ذلك، ولا يرث الإخوة للأم مع الأب والجد وإن علا، ولا مع

(١) انظر: كفاية الطالب: ٣٠١/٢، ومنح الجليل: ٤٨٠/٢٠.
(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٣٠/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٦/١.
(٣) انظر: الاستذكار: ٢٧٥/٧، وحاشية الصاوي: ٤٨٠/١٠.

الولد ذَكَرًا كان أو أنثى، ولا مع بنت الابن، وإلى ذلك أشار بقوله: (وإن سفلت)، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]، والمراد: أخ أو أخت من الأم إجماعًا، وصرح بذلك في قراءة ابن مسعود.

والكلالة: الفريضة التي لا ولد فيها ولا والد، قاله الأزهري وغيره[١].

(ص): **(وأما ابن الأخ، فيحجبه الأخ العصبة مُطْلَقًا، ومن حجبه، والجد، وإلا فعصبة)**

(ش): (مُطْلَقًا)، أي: شقيقًا أو لأب، واحترز بالعصبة من الأخ للأم، فإنه لا يحجب، وإنما يحجبه الجد؛ لأنه كأخ، ويدخل في قوله: (الأخ، ومن حجبه): الأخت الشقيقة العصبة، يريد: وكذلك التي للأب؛ لأنها في عدمها بمنزلتها. والله أعلم[٢].

(ص): **(والأقرب يحجب الأبعد، فإذا استويا فالشقيق، وإلا فعصبة)**

(ش): هذا ضابط كلي في العصبات، وهو أن الأقرب يحجب الأبعد، فإن استووا في القرب وأحدهما يدلي بالشقاقة، قُدِّمَ، فلذلك قدم الأخ للأب على ابن الأخ الشقيق، والأخ الشقيق على الأخ للأب، وابن العم على عم الأب. والله وأعلم.

(ص): **(والباقي كما في الولاء)**

(ش): وهو ظاهر.

(ص): **(والعم للأب يحجبه ابن الأخ، ومن حجبه، وابن العم يحجبه العم الأدنى ومن حجبه، وعم الأب يحجبه ابن العم مُطْلَقًا)**

(ش): هذا مبني على الضابط المتقدم؛ لأن ابن الأخ أقرب من العم؛ إذ هو يدلي بالبنوة، فإنه يجتمع مع الميت في أبيه، والعم إنما يجتمع معه في جده، وكلامه ظاهر.

(ص): **(وللزوج النصف ما لم يكن ولدٌ، وإن سفل فالربع)**

(ش): لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ﴾ [النساء: ١٢] الآية، ولا خلاف أن ولد الابن، وإن سفل كالابن[٣].

---

(١) انظر: المدونة: ٣٧٠/٤، والبهجة في شرح التحفة: ٥٣٠/٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٤٠/٦، وشرح مختصر خليل: ١٦٥/٢٤.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٥٥٢/١، والكافي: ١٠٤٢/٣.

(ص): **(والمولى المعتق يحجبه عصبة النسب، وإلا فما بقي)**

(ش): احترز بالمعتق من المولى الأسفل، فإنه لا يرث، ثم بَيَّنَ أن عاصب النسب يحجب المولى الأعلى، وإن لم يكن عاصب من النسب فهو عصبة[1].

(ص): **(وللبنت النصف، وللبنتين فصاعدًا الثلثان ما لم يكن ابن، فللذكر مثل حظ الأنثيين)**

(ش): لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء: ١١].

وللبنتين الثلثان، وهذا مذهب الجمهور، ورُوِيَ عن ابن عباس: (أن لهما النصف)، وتمسك بمفهوم الشرط في قوله تعالى: ﴿فَوْقَ اثْنَتَيْنِ﴾.

بعض المحدثين: وهي رواية ضعيفة، والصحيح مثل قول الجمهور، واحتج الجمهور بوجوه[2]:

أولها: "أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث البنت، وبنت الابن الثلثين " على ما رواه البخاري[3]، فالبنتان أَوْلَى[4].

وثانيهما: أن للبنت مع الابن الثلث، فيكون لها مع البنت.

ثالثها: أن مفهوم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء:١١] يعارضه.

رابعها: أنه عليه الصلاة والسلام: "أعطى البنتين الثلثين".

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٣٢/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٧/١.

(٢) انظر: المدونة: ٣٣٥/٤، وإرشاد السالك: ٢٢٣/١.

(٣) أخرجه البخاري، في كتاب المرضى، باب وضع اليد على المريض، رقم (٢٦٥٩) من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قَالَ: تَشَكَّيْتُ بِمَكَّةَ شَكْوًا شَدِيدًا، فَجَاءَنِي النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم يَعُودُنِي، فَقُلْتُ: "يَا نَبِيَّ اللهِ إِنِّي أَتْرُكُ مَالا، وَإِنِّي لَمْ أَتْرُكْ إِلا ابْنَةً وَاحِدَةً، فَأُوصِي بِثُلُثَيْ مَالِي، وَأَتْرُكُ الثُّلُثَ، فَقَالَ: لا، قُلْتُ: فَأُوصِي بِالنِّصْفِ، وَأَتْرُكُ النِّصْفَ، قَالَ: لا، قُلْتُ: فَأُوصِي بِالثُّلُثِ، وَأَتْرُكُ لَهَا الثُّلُثَيْنِ، قَالَ: الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ"، ثُمَّ وَضَعَ يَدَهُ عَلَى جَبْهَتِهِ، ثُمَّ مَسَحَ يَدَهُ عَلَى وَجْهِي وَبَطْنِي، ثُمَّ قَالَ: "اللهُمَّ اشْفِ سَعْدًا وَأَتْمِمْ لَهُ هِجْرَتَهُ"، فَمَا زِلْتُ أَجِدُ بَرْدَهُ عَلَى كَبِدِي فِيمَا يُخَالُ إِلَيَّ حَتَّى السَّاعَةِ.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ٣١٠/١، وحاشية الدسوقي: ٣٧٩/١٩.

قال الترمذي: وهو حديث صحيح[١].

(ص): **(ولبنت الابن النصف، وللابنتين فصاعدًا الثلثان)**

(ش): **للإجماع على قيام ولد الابن مقام الولد.**

(ص): **(ما لم تكن واحدة فوقها، أو فوقهما، أو فوقهن؛ فالسدس)**

(ش): هذا شرط في استحقاق بنت الابن النصف، وبنتي الابن الثلثان، أي: أن بنت الابن، أو بنت ابن الابن إنما تأخذ النصف، والاثنتين فصاعدًا إنما يأخذان الثلثين إذا لم تكن واحدة فوقها.

وعَمَّمَ بقوله: (واحدة) بالبنت، وبنت الابن؛ لأن بنت الابن فوق بنت ابن الابن، أو فوقهما إن كانت بنات الابن اثنتين، أو فوقهن إن كُنَّ ثلاثًا، فحينئذ إنما للسفلى، سواء كانت واحدة، أو أكثر السدس.

والأصل في هذا ما في "البخاري"، عن هزيل - بالزاي - ابن شرحبيل، قال: سُئِلَ أبو موسى عن بنت وبنت ابن وأخت؟ فقال: للبنت النصف، وللأخت النصف، وائت ابن مسعود فسيتابعني، فسُئِلَ ابن مسعود، وأخبر بقول أبي موسى، فقال: لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين، أقضي فيها بما قضى النبي صلى الله عليه وسلم: "للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي فللأخت"[٢]، فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم[٣].

(ص): **(ويحجبها الابن فوقها، والبنتان فوقها)**

(ش): قوله: (البنتان) يريد: أو بِنْتَي الابن فوقها، إلا أن يكون في درجتها، أو أسفل منها ذكر، فيعصبها، ويرث الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين، وإلى ذلك أشار بقوله.

(ص): **(فإن كان في درجتها مُطْلَقًا، أو أسفل منها ذَكَر، محجوبة لولا هو بالبنتين**

---

(١) حديث جابر بن عبد الله، قَالَ: جَاءَتِ امْرَأَةُ سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ بِابْنَتَيْهَا مِنْ سَعْدٍ إِلَى رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، هَاتَانِ ابْنَتَا سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ، قُتِلَ أَبُوهُمَا مَعَكَ يَوْمَ أُحُدٍ شَهِيدًا، وَإِنَّ عَمَّهُمَا أَخَذَ مَالَهُمَا، فَلَمْ يَدَعْ لَهُمَا مَالا وَلا تُنْكَحَانِ إِلا وَلَهُمَا مَالٌ، قَالَ: "يَقْضِي اللهُ فِي ذَلِكَ"، فَنَزَلَتْ آيَةُ الْمِيرَاثِ، فَبَعَثَ رَسُولُ اللهِ إِلَى عَمِّهِمَا، فَقَالَ: "أَعْطِ ابْنَتَيْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ، وَأَعْطِ أُمَّهُمَا الثُّمُنَ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ"، قَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، لا نَعْرِفُهُ إِلا مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَقِيلٍ، وَقَدْ رَوَاهُ شَرِيكٌ أَيْضًا عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَقِيلٍ.

(٢) أخرجه البخاري، في كتاب الفرائض، رقم (٦٧٤٢) والترمذي، برقم (٢٠٩٣).

(٣) انظر: الثمر الداني: ٥٥٢/١، والكافي: ١٠٤٢/٣.

فوقها، فللذكر مثل حظ الأنثيين معه وفوقه مُطْلَقًا)

(ش): (مُطْلَقًا)، أي: سواء كان أخاها، أو ابن عمها، ويحتمل أن يريد بقوله: (مُطْلَقًا) أن ابن الابن إذا كان في درجتها، فسواء حجبت بالبنتين أو لم تحجب؛ لأن فوقها بنتًا واحدة، فإنه يعصبها كما يعصب الابن البنات، والأخ الأخوات.

وقوله: (أو أسفل)، يعني: أنه يعصبها، سواء كان في درجتها، أو أسفل منها.

و (محجوبة) حال من ضمير منها، يعني: أنه يعصبها حال كونها محجوبة عن الدخول في الثلثين، وإذا عصبها فللذكر مثل حظ الأنثيين، سواء كان الدخول في درجتهن، أو أسفل منهن، ولا تكرار في كلام المصنف؛ لأنه ذكر قوله أولا في درجتها وأسفل؛ لأجل أنه يعصبها مُطْلَقًا، وذكره ثانيًا إشارة إلى بيان قدر الإرث.

(ص): **(وللأم الثلث ما لم يكن ولد وإن سفل، أو أخوان، أو أختان مُطْلَقًا، فالسدس)**

(ش): لقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١].

قوله: (ما لم يكن ولد) ظاهر، وقال المصنف: وإن سفل؛ ليدخل ولد الابن، وكذلك يحجبها إلى السدس الأخوان والأختان، يريد: أو الأخ والأخت، واستغنى عن ذلك بالأختين، وهذا مذهب الجمهور، وأخذ ابن عباس بظاهر الآية، أعني: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾، فلم يحجبها بالاثنين، وقد احتج رضي الله عنه على عثمان رضي الله عنه بأن الأخوين ليسا بإخوة، فقال عثمان: (حجبها قومك يا غلام).

وأرد بقوله: (مُطْلَقًا) سواء كانوا أشقاء، أو لأب، أو أم، أو مختلفين، حتى قال في "العُتْبِيَّة": في مجوسي تزوج ابنته، فولد له منها ولدان، فأسلمت الأم والولدان، ثم مات أحد الولدين: أن للأم السدس؛ لأن الميت ترك أمه وهي أخته، وترك أخًا، فتحجب الأم نفسها بنفسها من الثلث إلى السدس[1].

ووافق ابن عباس في زوج، وأم، وأخ، وأخت لأم أن للزوج النصف، وللأم السدس، ولكل من الأخ والأخت لأم السدس، ولو كان للأم الثلث لعالت المسألة، قيل: والإجماع على أن هذه الفريضة لا تعول، وفي الاحتجاج عليه بهذه المسألة نَظَرٌ؛

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٨٨، والفواكه الدواني: ١/٩٢.

لاحتمال أن يقول ابن عباس بسقوط الأخوين للأم، على أصله في العول إذا أدى الأمر إليه[1].

(ص): **(ولها في مسألتين ثلث ما يبقى زوجة وأبوان، وزوج وأبوان)**

(ش): تسميان الغراوين لشهرتهما، وهذا مذهب الجمهور.

ورَوَى ابن عباس: (أن لها الثلث من رأس المال)؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، وحمله الجمهور على ما إذا انفردا بميراثه، وإلا فإذا أعطيت في هاتين المسألتين الثلث يؤدي إلى مخالفة القواعد؛ لأنها إذا أعطيت في مسألة الزوج الثلث تكون قد أعطيت ضعفي الذكر، وليس لذلك نظير، أعني: أن ذَكَرًا أو أنثى يدليان بجهة واحدة ولها ما للذكر[2].

(ص): **(وللجدة فصاعدًا السدس)**

(ش): (ال): في الجَدَّة للعَهْد، والمعهود ما قدمه أول الباب، حيث قال: (ولجدة وإن علت غير أم جد)، واعترض عليه قوله: (فصاعدًا)؛ لأن هذه اللفظة إنما تستعمل غالبًا إذا كان الزائد غير مغيًا بغاية، أو مغيًا، ولكن ما بين المبدأ به وتلك الغاية يتجزأ، وليس هو هنا كذلك؛ لأنه لا يرث عند مالك إلا جدتان، ولهذا اعترض من ألف الفرائض على مذهب مالك وذكر عددًا كثيرًا من الجدات، وإن كان قد أجيب عن ذلك بأن يتصور إذا كانت الأمَة مشتركة بين رجال كثيرين، ووطئها كل منهم في طهر واحد، وألحقت القافة الولد بكل واحد منهم، لكن هذا الجواب إنما يأتي على قول شاذ، وهو: أنه يصح الاشتراك في الولد، لا على المشهور أنه لا يصح الاشتراك فيه، وأنه يصير إلى أن يكبر فيوالي من شاء[3].

وأجيب عن قوله: (فصاعدًا) هنا بأنه لم يرد بقوله: (فصاعدًا) الجدتين: أُم الأم، وأُم الأب فقط حتى يرد عليه السؤال، وإنما أراد وأمهاتهما، وهو معنى قوله أول الباب: (وإن علت)، وهذا لا يتعين[4].

وكون الجدة لها السدس هو مذهب الجمهور، وذهب ابن عباس إلى: (أن لها

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٣٢/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٧/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٤٣/٦، وشرح مختصر خليل: ١٦٧/٢٤.

(٣) انظر: المدونة: ٣٣٥/٤، وإرشاد السالك: ٢٢٣/١.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٥٠١/١٢، والتلقين: ٢٤٢/٢.

الثلث عند عدم الأم).

ودليل الجمهور ما رواه مالك، وأبو داود، والسند له عن قبيصة بن ذؤيب، قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر تسأله ميراثها، فقال لها: ما لك في كتاب الله من شيء، وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئًا، فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل الناس، فقال المغيرة بن شعبة: "حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس"[(١)]، فقال أبو بكر: هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة، فقال مثل ما قال المغيرة، فأنفذه لها أبو بكر، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه تسأله ميراثها، فقال: ما لكِ في كتاب الله شيء، وما كان القضاء الذي قُضِيَ به إلا لغيرك، وما أنا بزائد في الفرائض شيئًا، ولكن هو ذلك السدس، فإن اجتمعتما فيه فهو بينكما، وأيتكما خلت به فهو لها[(٢)].

عبد الحق: وهذا الحديث مشهور، إلا أنه غير متصل السماع.

(ص): **(وتحجبها الأم مُطْلَقًا، ويحجب الأب الجدة من جهته؛ لأن كل من يوصل الشخص لا يرث معه)**

(ش): (مُطْلَقًا)، أي: سواء كانت الجدة للأب، أو للأم، قريبة أو بعيدة.

ويحجب الأب الجدة من جهته؛ لأن كل من يتوصل بشخص لا يرث معه إلا الإخوة للأم.

(ص): **(وتحجب القُرْبَى من جهة الأم البُعْدَى من جهة الأب)**

(ش)، يعني: وأما إن كانتا متساويتين، أو كانت التي للأب أقرب، فلا حجب والسدس بينهما، وإنما حجبت القُرْبَى من جهة الأم؛ لأنها التي ورد فيها النص، وهي التي ورثها أبو بكر، والجدة للأب إنما ألحقها عمر، فصارت الجدة للأم أَوْلَى بشيئين: لقربها، ولورود النص فيها[(٣)].

(ص): **(والقُرْبَى من كل جهة تحجب بُعْدَاها)**

(ش): هو ظاهر.

(ص): **(والأخت الشقيقة فما فوقها، كالبنت فما فوقها ما لم تكن بنت فما فوقها**

---

(١) أخرجه الترمذي، رقم (٢١٠٠) وأبو داود، رقم (٢٨٩٤) وابن ماجه، رقم (٢٧٢٤).

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٣٠١/٢، ومنح الجليل: ٤٨٠/٢٠.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٣٢/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٧/١.

وإن سفلت فعصبة، فإن كان ذَكَر مثلها، فللذكر مثل حظ الأنثيين)

(ش): (كالبنت)، أي: فللواحدة النصف، وللاثنتين فأكثر الثلثان ما لم تكن بنت واحدة أو أكثر[١].

وبالغ بقوله: (وإن سفلت)؛ لتدخل بنت الابن وإن سلفت، فحينئذ يفرض لها، وإنما تكون عصبه تأخذ ما فضل.

وقوله: (فإن كان ذكر) إلى آخره؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦].

(ص): **(ويحجبها من حجب الشقيق)**

(ش)، أي: الابن، وابنه، والأب.

(ص): **(والأخت للأب كالشقيقة فيما ذُكِرَ، ما لم تكن شقيقة غير عصبة فلها، ولما زاد عليها السدس تكملة الثلثين)**

(ش)، أي: فللواحدة النصف، وللاثنتين فصاعدًا الثلثان، وكذلك الأخت للأب فصاعدًا عصبة البنات في عدم الشقيقة، فإن كان ذَكَر، فللذكر مثل حظ الأنثيين.

قوله: (ما لم تكن) إلى آخره، هو شرط في كون الأخت للأب كالشقيقة، أي: وإن كانت شقيقة واحدة غير عصبة، فللأخت للأب فصاعدًا السدس تكملة الثلثين، كحكم بنت الابن مع البنت[٢].

واعترض (ع) عليه بأن قوله: (فما زاد) عموم يتناول الذكر، فيكون للأخت للأب مع الأخ للأب السدس، وهذا لا يقوله أحد[٣].

وأجيب بأن المتبادر للذهن في الزيادة أن تكون من جنس المزيد، فالمراد بما زاد أنثى فما فوقها، وأما إذا كان ذكرًا، فإنه يعصب الإناث، ويكون للذكر مثل حظ الأنثيين، كما يعصب ابن الابن بنات الابن إذا كانوا مع بنت الصلب، إلا أن بنات الابن يعصبهن من في درجتهن، ومن هو أسفل منهن، والأخت للأب لا يعصبها إلا من هم في درجتها، ولا يعصبها ابن أخيها؛ لأن ابن الأخ لا يعصب من هو في درجته، فلا يعصب

---

(١) انظر: الاستذكار: ٢٧٥/٧، وحاشية الصاوي: ٤٨٢/١٠.

(٢) انظر: المدونة: ٣٧٠/٤، والبهجة في شرح التحفة: ٥٣٤/٢.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٤٣/٦، وشرح مختصر خليل: ١٦٧/٢٤.

من فوقه، وابن الابن وإن سفل يعصب من في درجته، فجاز أن يعصب من فوقه[١].

(ص): **(ويحجبها أيضًا الشقيق ومن حجبه، والشقيقة العصبة، والشقيقتان مُطْلَقًا)**

(ش)، أي: ويحجب الأخت للأب أيضًا الشقيق ومن حجبه، والشقيقة العصبة، كما لو خلف بنتًا فأكثر، وأختًا شقيقة، وأختًا لأب، والشقيقتان مُطْلَقًا، أي: سواء كانتا عصبة أم لا.

(ص): **(وللزوجة الربع ما لم يكن ولد، وإن سفل فالثمن)**

(ش): هكذا قال الله العظيم في كتابه العزيز.

قوله: (ولد)، أي: سواء كان منها، أو من غيرها، وسواء كان ولد، أو ولد ابن وإن سفل، ولا يحجبها ابن الزنا؛ لعدم لحاقه بالأب، نعم ولد الزنا يحجب الزوج من النصف إلى الربع للحاقه بأمه.

(ص): **(والمولاة كالمولى، إلا أنها لا ترث إلا من باشره عتقها، أو جَرَّهُ ولاؤه، أو عتقه)**

(ش)، أي: والمولاة كالمولى، فترث من أعتقته كالمولى، وقد تقدم ما ذكره المصنف في باب الولاء[٢].

(ص): **(وإذا اجتمع سَبَبَا فرضٍ مُقَدَّرٍ، ورث بأقواهما، اتفق في المسلمين، أو في المجوس، كالأم، أو البنت تكون أختًا)**

(ش)، أي: إذا اجتمع في شخص واحد قرابتان، يرث بكل منهما فرضًا، وقوله: (**مقدر**) تأكيد، وإلا فكل فرض مقدر، (ورث بأقواهما) وهذا يتفق في المسلمين خَطَأً، وفي المجوس عَمْدًا وخطأً[٣].

مثال: كون الأم أختًا، أن يتزوج المجوسي أو المسلم جهلا منه بعين المتزوجة بنته، فتلد منه بنتًا، فهذه البنت أخت أمها لأبيها، وهي أيضًا بنت لها، فإذا ماتت الكبرى بعد موت الرجل، ورثتها الصغرى بأقوى السببين، وهو البنوة؛ لأن البنوة لا تسقط، والأخوة قد تسقط[٤].

---

(١) انظر: المدونة: ٣٣٦/٤، وإرشاد السالك: ٢٢٤/١.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٣١٢/١، وحاشية الدسوقي: ٣٨٠/١٩.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٥٥٤/١، والكافي: ١٠٤٣/٣.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ٢٨٩/١، والفواكه الدواني: ٩٣/١.

وأما ميراثها من الرجل، فليس من هذا الفصل، فهو أب لهما، فيرثان منه الثلثين، ولا إرث للزوجة؛ لأن النكاح مفسوخ، سواء كان النكاح بين مسلمين، أو مجوسيين ثم أسلمَا.

وأما إن ماتت الصغرى، فالكبرى أم وأخت لأب، فترث بالأمومة للوجه الذي ذُكِرَ في إرث البنوة، ولو تزوج أمه فولدت منه بنتًا، فإذا مات ورثت الأم السدس بالأمومة؛ لأنه تُوُفِّيَ عن ابنته، وورثت البنت النصف بالبنوة، ولا ترث بالأخوة للأم؛ لأن البنوة لا تسقط، والأخوة للأم قد تسقط.

ولو تزوج أخته لأمه، فولدت منه بنتًا وتُوُفِّيَ، فلابنته النصف، وللعاصب ما بقي، وليس للأخت للأم وهي الزوجة شيء؛ لأنها محجوبة بالبنت.

(ص): **(فأما نحو ابن العم يكون أخًا لأم، فليس من ذلك)**

(ش): فصلها فإما لأنها ليست مما تقدم، وعنها احترز بقوله أولا: (سَبَبَا فَرْضٍ)، يعني: وأما لو اجتمع في شخص واحد سببان: أحدهما بالفرض، والآخر بالتعصب، فإنه يرث بهما، كابن العم يكون أخًا للأم، فيأخذ السدس بالأخوة، والباقي بالعصوبة، وكذلك إذا كان ابن العم زوجًا، وكذلك إذا كان المولى زوجًا[1].

ولا خلاف في هذا، أعني: أنه يأخذ فرضه، والباقي بالعصوبة، إذا لم يكن معه من يشاركه في التعصيب، فأما إن كان معه من يشاركه في التعصيب، وفي منزلته، كابنَيِ عَمٍّ يكون أحدهما أخًا لأم، فقال ابن القاسم: يرث الأخ للأم السدس، ويقسم مع ابن عمه ما بقي بالسواء[2].

وقال أشهب: يترجح الأخ للأم؛ لأنه زاد بولادة أم، كالأخ الشقيق مع الأخ للأب.

وأجيب للأول بأن زيادة ولد الأم ليست في محل التعارض، فلا توجب الترجيح، بخلاف مسألة الأخ الشقيق، والأخ لأب، ونحوهما[3].

(ص): **(فإن لم يكن وارث، فبيت المال وارث على المشهور، وقيل: لذوي الأرحام، وعن مالك: يتصدق به، إلا أن يكون الوالي كعمر بن عبد العزيز)**

(ش)، أي: وإن لم يكن وارث عاصب بنسب أو ولاء، فبيت المال وارث على

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٠٣، والتلقين: ٢/٢٤٣.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢/٣٠٣، ومنح الجليل: ٢٠/٤٨٢.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٣٣، وتهذيب المدونة: ١/١٨٨.

المشهور، وهو عاصب، فيستغرق المال إن لم يكن غيره، ويرث الباقي بعد ذوي الفروض، والقولان المتأخران مقابلان للمشهور، والأول مقيد بما إذا لم يكن الإمام عدلا.

قال في "الجواهر": ولا يرث ذوي الأرحام، ولا يرد على ذوي السهام، قال الأستاذ أبو بكر: قال أصحابنا: هذا في زمان يكون الإمام عدلا، فإن كان غير عدل، فينبغي أن يرث ذوو الأرحام، وأن يرد ما فضل عن ذوي السهام عليهم.

وقال أيضًا: رأيت لابن القاسم في "كتاب محمد " قال: من مات ولا وارث له، قال: يُتَصَدَّقُ بما ترك إلا أن يكون الوالي يخرجه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز، فيدفع إليه. انتهى.

واشتراطه أن يكون الوالي كعمر ابن عبد العزيز مستحيل في زماننا عادة.

(ص): (وَمَالُ الكتابي الحُرِّ المُؤَدِّي للجزية لأهل دِينه من أهل كُورته، وعن ابن القاسم: للمسلمين)

(ش): احترز بالحر من العبد، فماله لسيده، ولو كان السيد مسلمًا، واحترز بالمؤدي للجزية من المصالح[1].

وقوله: (لأهل دِينه)، أي: إذا لم يكن له وارث حائز لجميع ماله من كُورته لبيان الجنس، أي: يخص به أهل كورته[2].

ابن شعبان: فإن كان مصالحًا، فماله لمن جمعه، وإياهم ذلك الصلح.

قوله: (وعن ابن القاسم: أنه للمسلمين) بهذا قال محمد بن مسلمة وغيره، والأول أيضًا لابن القاسم، ونقل في "البيان " في باب العتق، ونقل ثالثًا: بالفرق بين أن تكون الجزية مجملة عليهم، يريد: فكالقول الأول، أو على جماجمهم، يريد: فكقول ابن حبيب، قال: وهو قول ابن القاسم[3].

(ص): (وأصول مسائل الفرائض سبعة: اثنان، وضعفها وهو أربعة، وضعفها وهو ثمانية، وثلاثة، وضعفها وهو ستة، وضعفها وهو اثني عشرة، وضعفها وهو أربعة وعشرون)

---

(١) انظر: الاستذكار: ٢٧٧/٧، وحاشية الصاوي: ٤٨٣/١٠.

(٢) انظر: المدونة: ٣٧٢/٤، والبهجة في شرح التحفة: ٥٣٧/٢.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢٤٥/٦، وشرح مختصر خليل: ١٦٦/٢٤.

(ش): الأصول: جمع أصل.

وأصل المسألة: هو العدد الذي تخرج منه سهامها.

و (ال) في الفرائض للعهد، وهي الستة المتقدمة، وكان ينبغي على هذا أن تكون الأصول خمسة؛ لأن الستة راجعة إلى خمسة؛ إذ مخرج الثلث والثلثين واحد، لكن قد يتركب فرض مع آخر لا يتحد مخرجهما، فيحتاج إلى أن يقام لهما عدد يوجدان فيه، كما لو اجتمع الثلث والربع، أو السدس والربع، فيحتاج إلى اثني عشر؛ لأن الثلث من ثلاثة، والربع من أربعة، فلا يجتمع الجزءان إلا بضرب أحدهما في الآخر، وكذلك السدس والربع يتوافقان بالأنصاف، ولا يجتمعان إلا بضرب نصف أحدهما في كامل الآخر، وكذلك أيضًا قد يجتمع الثلث والثمن والسدس، فيحتاج إلى أربعة وعشرين[١].

(ص): **(وما ليس فيها فرض، فأصلها عدد ورثتها، ويُضَعَّفُ عدد الذكور إن كان إناث يرثن، ومنها تصح)**

(ش)، يعني: أن الفريضة إن كان فيها فرض، فمخرجها من الأصول السبعة كما تقدم، وإن لم يكن فيها فرض، بل كان الورثة كلهم عصبة ذكور كانوا أو إناثا، كما لو أعتق جماعة نسوة واحدًا، فأصل المسألة من عدد الوارثين، وإن كان في المسألة ذكور وإناث كبنين وبنات، فيضعف الذكور، أي: فيقدر كل ذكر باثنين، فتصح المسألة من عدد الإناث وضعف الذكور[٢].

(ص): **(والغرض أن تكون السهام صحيحة)**

(ش)، أي: الغرض بوضع الأصول السبعة أن تكون سهام المسألة صحيحة.

(ص): **(فالنصف من اثنين)**

(ش)، أي: كل مسألة فيها نصف وما بقي كزوج وأخ، أو نصفان كزوج وأخت، فهي من اثنين.

(ص): **(والرابع من أربعة)**

(ش)، أي: وكل مسألة فيها ربع كزوج وابن، أو زوجة وأب، أو فيها ربع ونصف وما بقي: كزوج وبنت وأخ، فهي من أربعة، أو فيها ربع وثلث وما بقي: كزوجة وأبوين.

(ص): **(والثُّمن من ثمانية)**

---

(١) انظر: المدونة: ٣٣٦/٤، وإرشاد السالك: ٢٢٤/١.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٣١٢/١، وحاشية الدسوقي: ٣٨٠/١٩.

(ش)، أي: وكل مسألة فيها ثُمن وما بقي: كزوجة وابن، أو ثُمن ونصف وما بقي: كزوجة وبنت وعاصب، فهي من ثمانية[١].

(ص): **(والثُّلث من ثلاثة)**

(ش)، أي: وكل مسألة فيها ثلث وما بقي: كأم، وعم، أو ثلثان وما بقي: كأختين وعاصب، أو ثلثان وثلث: كأختين شقيقتين، وأختين لأم، فهي من ثلاثة[٢].

(ص): **(والسُّدس من ستة)**

(ش)، أي: وكل مسألة فيها سُدس وما بقي: كأم، وابن، أو سدس ونصف وما بقي: كأم، وبنت، وعم، أو سدس وثلث وما بقي: كأم، وولدَي أم، وعم، أو نصف وثلثان: كزوج، وأختين، أو نصف وثلث وما بقي: كأم، وزوج، وعم؛ فهي من ستة.

(ص): **(والرُّبع والثُّلث، أو السُّدس من اثني عشر)**

(ش)، يعني: أن الاثني عشر مخرج فريضتين: وهما إما الرُّبع مع الثلث، أو الربع مع السدس، كزوجة، وأم، وأخ، أو زوج، وأم، وابن.

أو ربع وثلثان، وما بقي: كزوج وبنتين، وعم.

أو ربع وثلث وسدس، وما بقي: كزوجة، وأخوين لأم، وأم، وأخ.

أو ربع، وثلثان، وسدس: كزوج، وبنتين، وأم.

أو ربع، وثلثان، وثلث، وسدس: كزوجة، وأختين شقيقتين، أو لأب، وأخوين لأم، وأم[٣].

(ص): **(والثلث والسدس والثمن من أربعة وعشرين)**

(ش)، يعني: والأربعة والعشرون تكون إذا اجتمع الثمن والثلث، أو السدس والثمن، إلا أن ما ذكره من اجتماع الثلث مع الثمن لا يصح؛ لأن الثمن لا يكون إلا للزوجة، أو للزوجات عند وجود الولد، فإذا وُجد الولد لا يكون ثلث؛ لأن الثلث إنما هو للإخوة للأم، أو للأم، والإخوة للأم لا يرثون مع الولد، والأم إنما لها مع الولد السدس، إلا أن يُقال: إنما تكلم على اجتماعهما على طريق الفرض والتقدير، ولئن سلم نفي فرضيتهما في الفرائض، فقد يجتمعان في الوصية، وقد يريد بالثلث جنس

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٥٤، والكافي: ٣/١٠٤٣.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٨٩، والفواكه الدواني: ١/٩٣.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٠٣، والتلقين: ٢/٢٤٣.

الثلث، لا بقيد الوحدة؛ لأن الثلثين يجتمعان مع الثمن، كزوجة، وبنتين، وأخ، ولا خفاء في اجتماع السدس مع الثمن، كزوجة، وأم، وابن.

(ص): **(وهي عائلة، وغير عائلة، فالعائلة: الستة وأختاها، فالستة إلى سبعة، وثمانية، وتسعة، وعشرة)**

(ش)، يعني: أن المسائل منها عائل، وغير عائل[1].

والعول في الاصطلاح: زيادة سهام الورثة على سهام المسألة، فلذلك لا يتوصل وارث إلى حقه إلا بنقص يلحقه[2].

ابن يونس: وأول من نزل به العول عمر رضي الله عنه، فقال: (لا أدري من قدمه الكتاب فأقدمه، ولا من أخره فأؤخره، ولكن قد رأيت رأيًا، فإن يكن صوابًا فمن الله، وإن يكن خطأ فمن عمر، وهو أن يدخل الضرر على جميعهم وينقص كل واحد من سهمه).

ويقال: إن الذي أشار عليه بذلك العباس رضي الله عنه، ولم يخالفه أحد من الصحابة إلا ابن عباس، لكنه لم يظهر الخلاف إلا بعد موته، وعلل ذلك بأن عمر رضي الله عنه كان رجلا مهيبًا، وقال: (لو أن عمر نظر فيمن قدمه الكتاب فقدمه، ومن أخره فأخره، ما عالت مسألة، قيل له: وكيف يصنع؟ قال ينظر أسوأ الورثة حالا وأكثرهم تغييرًا، فيدخل عليه الضرر).

يريد: فيسقط حظه أو من حظه ما زاد على المسألة.

ابن يونس: وهم على قوله: البنات والأخوات، والصواب ما ذهب إليه الجماعة، كالمحاصة في الديون. انتهى[3].

ثم ذكر أن العائلة: الستة وأختاها، أي: الاثني عشر، والأربعة وعشرون.

فالستة تعول إلى سبعة، وثمانية، وتسعة، وعشرة.

مثال عولها إلى سبعة: زوج، وأختان، فينقص كل واحد سبع ماله.

ومثال عولها إلى ثمانية: زوج، وأختان، وأم، فينقص كل واحد ربع ما بيده.

ومثال عولها إلى تسعة: زوج، وأختان شقيقتان أو لأب، وأختان لأم، فينقص كل

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٣٠٣/٢، ومنح الجليل: ٤٨٢/٢٠.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٣٣/٨، وتهذيب المدونة: ١٨٨/١.

(٣) انظر: الاستذكار: ٢٧٧/٧، وحاشية الصاوي: ٤٨٣/١٠.

واحد منهم ثلث ما بيده.

ومثال عولها إلى عشرة: زوج، وأختان شقيقتان أو لأب، وأختان لأم، وأم، فينقص كل واحد خُمسًا ما بيده.

وتُسَمَّى هذه المسألة (أم الفروج)؛ لكثرة السهام العائلة فيها، و(الشريحية): لوقوعها في زمان شريح وقضائه فيها، ولا يمكن عولها إلى ثمانية، أو تسعة، أو عشرة، إلا والميت امرأة[1].

(ص): **(والاثنى عشر إلى ثلاثة عشر، وخمسة عشر، وسبعة عشر)**

(ش)، أي: أن الاثني عشر تعول بالإفراد فقط، ومثاله إلى ثلاثة عشر: زوجة، وأم، وأختان لأب، عالت بمثل نصف سدسها.

ومثال عولها إلى خمسة عشر: زوجة، وأختان شقيقتان أو لأب، وأختان لأم، عالت بمثل ربعها[2].

ومثال عولها إلى سبعة عشر: زوجة، وأختان شقيقتان أو لأب، وأختان لأم، وأم أو جدة، عالت بمثل ربعها وسدسها.

ومنه مسألة الأرامل، وهي: ثلاث زوجات وجدتان، وأربع أخوات لأم، وثمان أخوات لأب؛ فذلك سبع عشرة امرأة، فلذلك تلقى في المعاياة، فيقال: سبع عشرة امرأة ورثن سبعة عشر دينارًا دينارًا دينارًا بفروض مختلفة[3].

(ص): **(والأربعة والعشرون إلى سبعة وعشرين، وهي: زوجة، وابنتان، وأبوان، وتُسمى (المنبرية)؛ لقول عَلِيٍّ على المنبر: صار ثمنها تُسْعًا)**

(ش): لعله إنما مثلها لإفادة تسميتها، والفُرَّاض يعتنون بذلك، وعلل تسميتها بالمنبرية بجواب علي رضي الله عنه فيها على المنبر: (بأن ثمنها صار تُسْعًا)، ثم مضى في خطبته بلا توقف، ولهذا قال الشعبي: ما رأيت أحسب من علي رضي الله عنه.

(ص): **(وإذا انكسرت السهام على صنف، فَوُفِّق بينهما ثم أضرب وفق الصنف في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة، وإن لم يتوافقا ضربت في عددهم)**

(ش): لما قدم الكلام على أصول مسائل الفرائض، انتقل إلى بيان الكيفية بها، ولا

(١) انظر: المدونة: ٣٧٢/٤، والبهجة في شرح التحفة: ٥٣٧/٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٤٥/٦، وشرح مختصر خليل: ١٦٦/٢٤.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٣١٣/١، وشرح مختصر خليل: ١٦٨/٢٤.

إشكال أن المسألة إذا انقسمت على الورثة، كزوج، وثلاث بنين؛ ولهذا لم يتعرض المصنف له، وإن لم تنقسم فانظر بين السهام وعدد الرءوس، فإما أن يتوافقا، وإما أن يتباينا: فإن توافقا فاضرب وفق النصف، أي: الجزء الذي وافق به الصنف سهامه في أصل المسألة، وعولها إن كانت عائلة(١).

ولو ضربنا عدد رءوسهم في أصل المسألة، لحصل المقصود، لكن المطلوب الاختصار، فلذلك كان إخراج المسألة من العدد الكثير مع إمكان إخراجها من العدد اليسير ليس بجيد عند الفراض، وإن كان عبد الغافر ربما خالف هذا، وفعله ابن الجلاب في كتاب الزكاة في تراجع الخلطاء(٢).

وإن تباينت السهام وعدد الرءوس، فاضرب عدد رءوسهم في أصل المسألة، ثم تقول: من كان له شيء أخذه مضروبًا فيما ضرب فيه المسألة.

مثال انكسارها على صنف، والمسألة غير عائلة: أربع بنات، وأخت، المسألة من ثلاثة: للبنات سهمان لا ينقسمان على أربعة عدد رءوس البنات، لكنهما يتوافقان بالنصف، فاضرب وفق الرءوس وهو اثنان في الفريضة وهي ثلاثة، يخرج لك ستة، ثم تقول: من كان له شيء من ثلاثة أخذه مضروبًا في اثنين.

ومثال انكسارها وهي عائلة: أربع أخوات شقائق، وأختان لأم، وأم، المسألة من ستة، وتعول إلى سبعة، وانكسرت على عدد الشقائق ووافقتها، فاضرب وفق رءوس الأخوات وهو اثنان في الفريضة بعولها، تكن أربعة عشر، وتقول: من له شيء من سبعة أخذه مضروبًا في اثنين(٣).

ومثال انكسارها على صنف وتباينت الرءوس، وهي غير عائلة: بنت، وثلاث أخوات شقائق، المسألة من اثنين: للبنت النصف، والنصف الآخر للأخوات مباين لهن، فتضرب الثلاثة في اثنين.

ومثال التباين، وهي عائلة: زوج، وثلاث أخوات شقائق أو لأب، أصلها من ستة، وتعول لسبعة: للأخوات أربعة منكسرة على ثلاثة مباينة، فتضرب ثلاثة في سبعة بأحد

---

(١) انظر: المدونة: ٣٣٧/٤، والتلقين: ٢٤٥/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٥٥٥/١، وحاشية الصاوي: ٤٨٥/١٠.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ٢٩٠/١، والفواكه الدواني: ٩٥/١.

وعشرين، ثم تقول: من له شيء من سبعة، أخذه مضروبًا في ثلاثة[1].

(ص): (**فإن انكسرت على صنفين، فوُفِّق بين كل صنف وسهامه، فقد يتوافقان، وقد يتباينان، وقد يتوافق أحدهما ويتباين الآخر، ثم كل قسم من الأقسام الثلاثة يدخل صنفيه التماثل، والتداخل، والتوافق، والتباين**)

(ش): لَمَّا قَدَّمَ الكلام على كيفية العمل إذا انكسرت السهام على صنف، شرع فيما إذا انكسرت على صنفين، وضمير (انكسرت) عائد على السهام، وذكر أنه يوافق بين كل صنف وسهامه، ولذلك ثلاثة حالات[2]:

الأولَى: أن يوافق كل صنف سهامه، فيرد كل صنف إلى وفقه.

الثانية: أن يباين كل صنف رءوسه.

الثالثة: أن يوافق أحدهما، ويباين الآخر.

ثم ما حصل بعد الموافقة فيهما، أو المباينة فيهما، أو الموافقة في أحدهما والمباينة في الآخر، ينظر فيه نظرًا ثانيًا: إما يتماثل ما حصل من كل واحد من الصنفين، أو يدخل أحدهما في الآخر، أو يوافقه، أو يباينه، فإذا ضربت ما يمكن إنتاجه بالنظر الأول فيما يمكن إنتاجه بالنظر الثاني، كان الخارج اثنتي عشرة صورة، وسيذكر المصنف هذا.

(ص): (**فالتداخل: أن يُفنِي أحدهما الآخر أَوَّلا**)

(ش): المراد بالإفناء: أن يخرج الأقل من الأكثر مرتين، أو ثلاثًا، أو أكثر، إلى أن لا يبقى من الأكثر شيء، فيكون آخر ما يخرج من الأكثر مرتين مساويًا للباقي من الأكثر.

مثاله: الاثنان مع الأربعة، أو الستة، أو الثمانية؛ ولا يشترط أن يكون الأقل أصغر من العشر، بل يصح أن يكون نصف عشر، كالاثنين مع العشرين.

وربما عرف التداخل: بأن يكون الكثير ضعفي القليل، أو أضعافًا له، أو يكون القليل جزءًا من الكثير[3].

(ص): (**والتوافق: أن يُفْنِيَ أحدهما الآخر غير أول**)

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٠٥، وإرشاد السالك: ١/٢٢٥.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢/٣٠٤، والكافي: ٣/١٠٤٤.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٣٤، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٣٨.

(**ش**): كالأربعة مع العشرة، فإنك بعد إسقاط الأربعة من العشرة مرتين لا تبقى أربعة حتى تسقط، بل تبقى منها اثنان تعود بها على الثمانية، فتفنيها في أربع مرات، فقد حصل الإفناء باثنين، ونسبة المفرد إليهما النصف، فتكون الموافقة بينهما بالنصف، وهكذا كل عدد وقع به الإفناء، فإنك تنظر لنسبته إلى العدد المفنى، فيكون جزء الموافقة، فإذا سألنا عن التسعة والخمسة عشر، أسقطنا التسعة منها فتبقى ستة لا يمكن إسقاط التسعة منها، فتعود على التسعة بالسته تبقى ثلاثة، فتعود بها على الستة فتفنيها، فيعلم أن الموافقة بين التسعة والخمسة عشر بنسبة واحد إلى الثلاثة وهو الثلث، ولا فرق فيما وقع به الإفناء أن يكون الواحد بالنسبة إليه جزء أصم، أو لا، وإلى هذا أشار بقوله[1].

(ص): (**فتوافقه بنسبة المفرد إلى العدد المفني، وتكون الموافقة بجزء من أحد عشر وغيره، حسبما يقع به الإفناء**)

(**ش**): أما لو وقع الإفناء ثانيًا بمفرد، فإن ذلك تباين كالأربعة مع الخمسة، والستة مع السبعة. والله أعلم.

(ص): (**فإن تماثلا ضَرَبْتَ أحدهما في المسألة: كأُم، وأربع أخوات لأم، وستة إخوة لأب**)

(ش)، يعني: فإن تماثل الصنفان المنكسر عليهما سهامهما، فتستغني بأحدهما عن الآخر، وتضربه في أصل المسألة، وتصير المسألة كأنها انكسرت على صنف واحد، كالمسألة التي ذكرها المصنف، وهي من ستة: للأم السدس، وللأخوات للأم الثلث سهمان غير منقسمين عليهن، لكن يوافقان عددهن بالنصف، وللإخوة للأب ما بقي، وذلك ثلاثة أسهم غير منقسمة عليهم، ولكن توافق عددهم بالثلث، فنصف الأخوات اثنان، وثلث الإخوة اثنان، فتستغني بأحدهما وتضرب اثنين في أصل الفريضة باثني عشر، فتقول: من كان له شيء من ستة، أخذه مضروبا في اثنين: للأم سهم باثنين، وللإخوة للأم سهمان في اثنين بأربعة، لكل واحد سهم، وللإخوة للأب ثلاثة في اثنين بستة، لكل واحد سهم[2].

(ص): (**وإن تداخلا ضَرَبْتَ الأكثر في المسألة: كأم، وثمانية إخوة لأم،**

---

(١) انظر: الاستذكار: ٢٧٩/٧، ومنح الجليل: ٤٨٣/٢٠.

(٢) انظر: المدونة: ٣٧٣/٤، وتهذيب المدونة: ١٨٩/١.

وستة لأب)

(**ش**): وهذه أيضًا من ستة: للأم سهم، وللثمانية للأم الثلث، سهمان لا ينقسمان عليهم، ولكن توافق عددهم بالنصف وهو أربعة، وللإخوة للأب ثلاثة أسهم لا تنقسم عليهم، ولكن توافق عدتهم بالثلث، وثلثهم اثنان، وهما داخلان في أربعة، فتستغني بالأكثر عن الأقل، فتضرب المسألة في أربعة بأربعة وعشرين: للأم أربعة، وللإخوة للأم ثمانية لكل واحد سهم، وللإخوة للأب اثني عشر لكل واحد سهمان.

(ص): **(وإن تَوَافَقَا ضربت وفق أحدهما في كامل الآخر، ثم في المسألة: كأم، وثمانية إخوة لأم، وثمانية عشر لأب)**

(**ش**): هي أيضًا من ستة، فللإخوة للأم سهمان غير منقسمين عليهم، وهما موافقان لعدتهم بالنصف، وللأم سهم[1].

وللإخوة للأب ما بقي ثلاثة، وهي لا تنقسم عليهم، وتوافق عدتهم بالثلث، وثلثهم ستة، وهي موافقة للأربعة وفق الإخوة للأم بالنصف، فتضرب وفق أحدهما في كامل الآخر اثنان في ستة، أو ثلاثة في أربعة باثنى عشر، ثم تضرب الاثنى عشر في ستة التي هي المسألة باثنين وسبعين، فمن له شيء من أصل المسألة أخذه مضروبًا في اثني عشر.

(ص): **(وإن تباينا ضَرَبْتَ كامل أحدهما في كامل الآخر، ثم في المسألة: كأم، وأربعة إخوة لأم، وست أخوات)**

(**ش**): أصل المسألة من ستة، وتعول لسبعة: للأم سهم، وللإخوة للأم سهمان يوافقان عدد الإخوة بالنصف، وللأخوات الست أربعة تتفق مع رءوسهن بالنصف، ووفق الإخوة للأم اثنان، ووفق الأخوات ثلاثة، والوفقان متباينان، فتضرب كامل أحدهما في الآخر، فالخارج ستة تضربها في أصل المسألة بعولها، فتبلغ اثنين وأربعين، ثم تقول: من له شيء من سبعة، أخذه مضروبًا في ستة[2].

(ص): **(وبقية الاثنتي عشرة صورة أوضح)**

(**ش**): قد تقدم من كلامنا كيفية بلوغ هذه المسائل اثنتي عشرة صورة، ولما ذكر المصنف منها أربعة قال: بقيتها أوضح؛ لقلة العمل، وذلك لأن المصنف تكلم على ما

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٤٧، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٨٢.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٣٧، والتلقين: ٢/٢٤٥.

إذا وافق كل صنف سهامه، والنظر فيه من وجهين:

الأول: النظر بين السهام والصنف.

الثاني: فيما بين الصنفين[١].

وأما إذا باين كل صنف سهامه، فلا عمل إلا بين الصنفين، لا بين السهام والصنفين، وكذلك إذا وافقت سهام أحد الصنفين وباينت الآخر، أسهل مما إذا وافق كل صنف سهامه.

أما إذا باين كل صنف سهامه، فأربع صور:

١ - فإن تباين الصنفان: كثلاث زوجات، وشقيقين، ضَرَبْتَ ثلاثة في اثنين بستة، ثم في أصلها بأربعة وعشرين، وتُسَمَّى مباينة المباينة.

٢ - وإن توافقًا: كتسع بنات، وستة أشقاء، ضَرَبْتَ وفق أحدها في الآخر بستة، ثم في ثلاثة الأصل بثمانية عشر، فهذه موافقة المباينة.

٣ - وإن تداخلا: كزوجتين، وبنت، وأربعة أشقاء، ضَرَبْتَ الأكثر وهو أربعة في ثمانية الأصل باثنين وثلاثين، فهذه مداخلة المباينة.

٤ - وإن تماثلا: كزوجتين، وبنت، وشقيقتين، ضَرَبْتَ أحدهما في ثمانية الأصل بستة عشر، فهذه مماثلة المباينة.

وإن وافق أحد الصنفين سهامه وباين الآخر، فأربع صور أيضًا، وانظرها في "الجواهر"[٢].

(ص): (وإن انكسرت على ثلاثة أصناف، فاعمل فيها كالصنفين، فإن حصل تماثل أو تداخل، رَجَعَتْ إلى صنف، أو صنفين)

(ش)، يعني: فإن انكسرت الفريضة على ثلاثة أصناف، وهذه هي غاية ما تنكسر فيه الفرائض على المذهب، فاعمل فيها كالصنفين بأن تنظر بين كل صنف وسهامه بالموافقة والمباينة، فما حصل بيدك من تلك الأصناف، فانظر فيها بالوجوه الأربعة، وهي: المماثلة، والمداخلة، والموافقة، المباينة.

فإن تماثلت كلها، رجعت إلى صنف واحد، وكذلك إن دخل اثنان منها

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٣١٣/١، وشرح مختصر خليل: ١٦٨/٢٤.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٥٥٥/١، وحاشية الصاوي: ٤٨٥/١٠.

في واحد[1].

وإن تماثل اثنان أو دخل أحدهما في الآخر، رجعت إلى صنفين.

(ص): **(وإلا فالكوفيون يقفون عددًا، ثم يضربون وفق أحد الباقين في كامل الآخر، ثم يوفقون بين ما حصل وبين الموقوف، ثم يضربون الوفق في الكامل ما لم يكن تداخل فيسقط، ثم في أصل المسألة)**

(ش): قوله: (وإلا)، أي: وإن توافقت الأعداد، وتُرك التباين لوضوحه، إذ حكمه ضرب أحدهما في الآخر، ثم ضرب الحاصل في الآخر، ثم في أصل المسألة، يعني: واختلفت طرق الفرضيين في كيفية العمل حتى تصير الأعداد الثلاثة إلى عدد واحد.

والخلاف راجع إلى كيفية العمل، وإلا فالجميع موصل إلى معنى واحد[2].

وطريق الكوفيين أسهل، وطريق البصريين أكثر تفننًا، فالكوفيون كما قال المصنف ينظرون إلى عددين من الثلاثة، أي: عددين كانا، فيضربون وفق أحدهما في كامل الآخر، فما خرج من الضرب وفقوا بينه وبين الثالث، إلا أن يكون بين الحاصل والثالث تداخل، فيسقط القليل، ثم ما حصل مع الضرب والتداخل ضربوه في أصل المسألة[3].

(ص): **(والبصريون يقفون عددًا ويوفقون بينه وبين كل من العددين، فإن كان تداخلٌ، سقط، ثم يوفقون بين وفقيه، ثم يضربون الوفق، ثم في كامل الموقوف، ثم في أصل المسألة)**

(ش): الأحسن عند البصريين وقف العدد الأكثر، ويصح وقف كل منهما، فإذا وقف عدد يوفقون بينه وبين كل واحد من العددين، وينظرون فيما بين وفقي كل واحد من هذين العددين، فقد يكون بينهما تداخل، أو تماثل، أو تباين، أو توافق، فيفعلون كما تقدم في الصنفين، فما حصل من ذلك، ضربوه في الموقوف، ثم في أصل المسألة، وسيتضح لك هذا بالمثال.

(ص): **(مثل إحدى وعشرين بنتًا، وثمان وعشرين أُختًا، وثلاثين جدة، فعلى طريقة الكوفيين إن وقفت الإحدى وعشرين، سقطت لدخولها في أربع مائة وعشرين، وإن وقفت الثمانية والعشرين، كان الحاصل من الباقيين مائتين وعشرة، فيوافق الموقوف**

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٩٠، والفواكه الدواني: ١/٩٥.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢/٣٠٤، والكافي: ٣/١٠٤٤.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٠٥، وإرشاد السالك: ١/٢٢٥.

بجزء من أربعة عشر، وهو اثنان، فتكون أربع مائة وعشرين، وإن وقفت الثلاثين فواضح)

(ش): أصل المسألة من ستة: للبنات أربعة مباينة لعددهن، وللجدات سهم مباين أيضًا، وللأخوات أيضًا سهم مباين، فنحتاج أن ننظر في الموافقة فيما بينها[1].

فإن وقفت الإحدى والعشرين، نظرت فيما بين الثمانية والعشرين والثلاثين، فتجدهما متفقتين بالنصف، فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر، يخرج لك أربع مائة وعشرين، فتسقط الإحدى والعشرون؛ لدخولها في أربع مائة وعشرين؛ لأنها نصف عشر[2].

وإن وَقَّفت الثمانية والعشرين، نظرت فيما بين الإحدى والعشرين والثلاثين، فتجدهما متفقين بالثلث، فتضرب ثلث أحدهما في كامل الآخر، ويكون الخارج مائتين وعشرة.

ثم ينظر ما بين هذا الخارج وبين الثمانية والعشرين، فتجدها متفقين بنصف السبع، وهو معنى قوله: (بجزء من أربعة عشر) فوفق الثمانية والعشرين اثنان، فتضربهما في المائتين والعشرة، يكون الخارج أربع مائة وعشرين[3].

وقوله: (وإن وَقَّفت الثلاثين، فواضح)، يعني: أنك تنظر بين الإحدى والعشرين والثمانية والعشرين، فتجدهما متفقين بالسبع، فتضرب سبع الثمانية والعشرين، وهو أربعة في الإحدى والعشرين، يكون الخارج أربعة وثمانين، فتنظر فيما بينهما وبين الثلاثين، فتجدهما متفقين بالسدس، فتضرب الأربعة والثمانين في خمسة، سدس الثلاثين، يكون الحاصل أربع مائة وعشرين، وإنما كان واضحًا؛ لأنه أَتَى بعد عمل الوجهين المتقدمين.

(ص): **(وعلى طريقة البصريين إن وَقَّفت الإحدى والعشرين، ووافقتهما الثمانية والعشرون بالأسباع، وهو أربعة، ووافقتها الثلاثون بالأثلاث، وهو عشرة، فتضربهما، فتكون أربع مائة وعشرين)**

(ش): وهو أربعة راجع إلى سبع الثمانية والعشرين، وهو وفقها، وكذلك الضمير

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٣٤/٨، والبهجة في شرح التحفة: ٥٣٨/٢.

(٢) انظر: الاستذكار: ٢٧٩/٧، ومنح الجليل: ٤٨٣/٢٠.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٥٠٥/١٢، وإرشاد السالك: ٢٢٥/١.

في (وهو عشرة) يرجع إلى وفق الثلاثين، ولا شك أن هذين الوفقين يتفقان بالنصف، فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر، يكون الخارج عشرين، تضربها في الإحدى والعشرين، يحصل أربع مائة وعشرين(١).

قوله: (فتضربهما)، راجع إلى ما يخرج من ضرب أحد الوفقين في الآخر.

(ص): (وإن وقفت الثمانية والعشرين، وافقتها الثلاثون بالأنصاف، وهو خمسة عشر، ووافقتهما الإحدى والعشرون بالأسباع، وهو ثلاثة، فتسقط الثلاثة لدخولها، فتضرب خمسة عشر في ثمانية وعشرين بأربع مائة وعشرين)

(ش): تصوره واضح.

(ص): (وإن وقفت الثلاثين، وافقتها الثمانية والعشرون بالأنصاف، وهو أربعة عشر، ووافقتها الإحدى والعشرون بالأثلاث، وهو سبعة، فتسقط السبعة لدخولها، وتضرب أربعة عشر في ثلاثين بأربع مائة وعشرين، وهو جزء من السهم)

(ش): وهو أيضًا ظاهر، ومراده بجزء السهم الذي تضرب فيه الفريضة، وأصلها من ستة، فتضرب ستة في أربع مائة وعشرين بألفين وخمس مائة وعشرين، ثم تقول: من له شيء من أصل المسألة، أخذه مضروبًا في أربع مائة وعشرين(٢).

تنبيه

تبع المصنف غيره في كثرة الجدات، وقد قَدَّمْنَا ما فيه.

(ص): (مثلُ: سبع وعشرين بنتًا، وست وثلاثين جدة، وخمس وأربعين أختًا)

(ش): سقطت واو العطف من قوله: (مثل)، والأحسن أن يعرب بدلا مما قبله، لا على حذف حرف العطف، كما قال، ولقلة حذف الحرف، ولم يستوف المصنف العمل في هذا المثال؛ اكتفاءً بالعمل في المسألة السابقة، لا سيما والمسألة أيضًا من ستة، والاتفاق بين الأعداد الثلاثة بالتسع.

فعلى طريقة الكوفيين: إذا وَقَّفْتَ بين السبع والعشرين، والستة والثلاثين، وجدتهما يتفقان بالأتساع، فتضرب تسع أحدهما في كامل الآخر، تبلغ مائة وثمانية، فتوفق بينهما وبين الخمسة والأربعين، فتجدهما متفقين بالأتساع، فتضرب تسع أحدهما في كامل الآخر، تبلغ خمس مائة وأربعين، وهو جزء السهم، ثم في أصل المسألة يحصل ثلاثة

---

(١) انظر: المدونة: ٣٧٣/٤، وتهذيب المدونة: ١٨٩/١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢٤٧/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٨٢/١٩.

الآف ومائتان وأربعون، ولا يخفى عليك بقية العمل.

(ص): **(والأربعة كذلك، إلا أنك تقف عددين، ثم تُوَفِّق كما تقدم)**

(ش)، يعني: وإن انكسرت الفريضة على أربعة أصناف، فإنك تقف عددين[1].

(ع): وانكسارها على أربعة أصناف لا يتصور إلا على غير مذهب مالك، ولم يختر أحد من الشيوخ مذهب المخالف، فلذلك ترك المصنف بيان العمل، وكذلك نفعل نحن[2].

(خ): وإن أراد أنها لا تنكسر على أربعة أصناف بشرط أن تكون الأعداد متوافقة، فقريب، وإن أراد أنها لا تنكسر على أربعة أصناف مُطْلَقًا، فليس بظاهر، ومثاله: زوجتان، وجدتان، وخمس لأم، وسبع شقائق أو لأب، أصلها من اثني عشر، وتعول إلى سبعة عشر.

(ص): **(ولا زيادة إلا والزائد يصح)**

(ش)، يعني: ولا يمكن زيادة الأحيان المنكسر عليهم على أربعة إلا والزائد على أربعة يصح، وحاصله أنه لا يمكن انكسارها على خمسة أحيان.

باب الْمُنَاسَخَات

(ص): **(الْمُنَاسَخَات ومعناها: أن يموت أحد الورثة قبل القسمة)**

(ش)، أي: جنس الْمُنَاسَخَات؛ لأن هذه اللفظة يستعملونها في الفريضة التي فيها ميتان فأكثر، ألا ترى إلى قوله: (ومعناها: أن يموت أحد الورثة)[3].

(ص): **(فقصد الفرضيون تصحيح مسألة الأول من عدد تصح منه مسألة من بعده)**

(ش)، يعني: أنهم قصدوا تصحيح مسألة الميت الأول من عدد تصح منه فريضة من بعده من ثان وثالث وأكثر، حتى تكون كأنها مسألة واحدة فيها انكسار؛ تقليلا للعمل.

(ص): **(فانظر أَوَّلا، فإن كانت الورثة ثانيًا بقية الأولين على ذلك الوجه، فقدر الميت الثاني عدمًا، كثلاثة بنين مات أحدهم)**

(ش): قد تقدم هذا النوع من الْمُنَاسَخَات لقرب عمله.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٣١٣، وشرح مختصر خليل: ١٦٨/٢٤.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٩٠، والفواكه الدواني: ١/٩٥.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٦/٤٠٥، ومنح الجليل: ١٩٦/٨.

وقوله: (على ذلك الوجه)، أي: ورثوا الثاني على وجه ما ورثوا به الأول.

وقوله: (كثلاث بنين) ظاهر التصور.

(ص): **(وكذلك لو كان معهم وارث من الأول خاصة، كزوج معهم ليس بأبيهم)**

(ش): هذا الوجه مشارك للذي قبله؛ لأنه إذا أخذ هذا الوارث الذي يختص بالمشاركة في الميت الأول نصيبه، كان الباقي لبقية الورثة على الوجه الأول، كما لو ماتت المرأة عن ثلاثة بنين وروج، فمات أحد البنين، فإنه يُعَدُّ كالعدم؛ لأن الزوج يأخذ الربع كما كان يأخذه لو كان الثالث حيًّا.

(ص): **(وإلا فصحح الأولى ثم الثانية، فإن انقسم نصيب الثاني على ورثته، صَحَّتَا مَعًا، كابن، وبنت مات وترك أخته، وعاصبًا)**

(ش)، يعني: إن لم يكن شيء من الوجهين، فصحح المسألة الأولى ثم الثانية، فإن كان ما حصل للميت الثاني من المسألة الأولى منقسمًا على فريضته، فقد تم العمل وصحت الفريضتان، كمن تُوُفِّيَ وترك ابنًا، وبنتًا، ثم تُوُفِّيَ الابن وترك أختًا، وعاصبًا. فإن المسألة الأولى من ثلاثة: للابن سهمان مات عنهما، وهما منقسمان على فريضته.

(ص): **(وإن لم ينقسم نصيبه، وَفَّقْتَ بين نصيبه وما صحت منه مسألته، وضَرَبْتَ وفقه، لا وفق نصيبه فيما صحت منه الأولى: كابنين وبنتين مات أحد الابنين وترك امرأة وبنتًا وثلاثة بني ابن، فمن له شيء من الأولى أخذه مضروبًا في وفق الثانية، ومن له شيء من الثانية أخذه مضروبًا في وفق سهام الميت الثاني)**

(ش)، يعني: وإن لم ينقسم نصيب الميت الثاني على فريضته، فإما أن توافق **سهامه** من الفريضة الأولى ما صحت منه الفريضة الثانية، وإما أن تباينه، ومرادهم بالموافقة هنا: ما يذكرونه في موافقة السهام للصنف الذي انكسر عليه؛ لأن الفريضة الثانية كصنف انكسرت عليه سهامه، وذلك أعم من الموافقة المذكورة فيما بين الصنفين، ولذلك تصدق الموافقة على المداخلة فيما بين الصنفين، فإذا كانت سهام الميت الثاني وفريضته موافقة، أخذت وفق الفريضة الثانية وضربته في الفريضة الأولى، ومن الخارج تصح[1].

فقوله: (وضربت وفقه)، أي: وفق الذي صحت منه مسألته، لا وفق نصيبه فيما

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٠٥، وإرشاد السالك: ١/٢٢٥.

صحت منه الأولى[١].

مثاله المسألة التي ذكرها المصنف: رجل تُوُفِّيَ وترك ابنين وابنتين، المسألة من ستة: لكل ذكر سهمان، ثم مات أحد الابنين، وترك امرأة، وبنتًا، وثلاثة بني ابن؛ ففريضته من ثمانية، ومنها تصح: للزوجة سهم، وللابنة أربعة، ولكل ابن ابن سهم.

وسهام الميت الثاني اثنان يوافقان فريضته بالنصف، ووفقها أربعة تضربها في الفريضة الأولى بأربعة وعشرون، ومنها تصح، فمن له شيء من الأولى، أخذه مضروبًا في أربعة وفق الثانية، ومن له شيء من الثانية، أخذه مضروبًا في وفق سهام الميت الثاني، وهو واحد لأن نصف السهمين الذي له واحد[٢].

(ص): **(وإن لم يتوافقَا، ضَرَبْتَ ما صَحَّتْ منه مسألته فيما صحت منه الأولى: كابنين، وبنتين، مات أحد الابنين وترك ابنًا وبنتًا)**

(ش)، يعني: وإن لم توافق سهام الميت الثاني فريضته، ضربت جميع سهام الفريضة الثانية في الأولى.

مثاله: ما ذكره المصنف، فالفريضة الأولى من ستة: لكل ابن سهمان، وفريضته من ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ستة بثمانية عشر، ومنها تصح، فمن له شيء من الأولى، أخذه مضروبًا في الثانية، وهي ثلاثة، ومن له شيء من الثانية أخذه مضروبًا في سهام الميت الثاني، وهو اثنان.

تنبيه

وهذا كله إنما هو إذا كانت التركة عقارًا، أو عرضًا مُقَوَّمًا، وأما إن كانت عَيْنًا أو عرضا مثليًا، فلا عمل، ويقسم ما حصل للميت الثاني على فريضته.

(ص): **(وكذلك ثالثٌ، ورابعٌ، وخامسٌ)**

(ش)، يعني: وأكثر من ذلك، والأمثلة كثيرة في المطولات.

(ص): **(وفي قسمة التركة على السهام طرق، أقربها: أن تنظر إلى سهام كل وارث من المسألة، ثم تأخذ نسبتها من التركة)**

(ش): قيد القسمة على السهام؛ لأن القسمة قد تكون على الأجزاء، كإعطاء الربع لصاحب الربع، والنصف لصاحبه، وذكر المصنف أن أقرب الطرق: أن تنظر سهام كل

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٣١٣/١، وشرح مختصر خليل: ١٦٨/٢٤.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٥٥٥/١، وحاشية الصاوي: ٤٨٥/١٠.

وارث، ثم تأخذ تلك النسبة من التركة، وإنما تكون الأقرب إذا قلت سهام الفريضة، وأما إذا كثرت فهي أصعب الطرق؛ لأنها مبنية على النسبة التي هي قسمة القليل على الكثير[١].

وأسهل الطرق: أن تقسم عدد التركة إذا كانت مثليًا، أو قيمتها إن كانت على العدد الذي صحت منه الفريضة، فتعلم نسبة ما يخرج لكل سهم، ثم تضرب هذا الخارج فيما بيد كل وارث[٢].

(ص): **(كزوجٍ، وأم، وأخت لأب من ثمانية: للزوج ثلاثة، والتركة عشرون، فنسبة الثلاثة من الثمانية ربع وثمن، فتأخذ ربع وثمن العشرين، وهو سبعة ونصف)**

(ش): أصل المسألة من ستة، وعالت لثمانية، وكلامه ظاهر التصور، والأخت كالزوج[٣].

(ص): **(فإن كان مع التركة عرض، فَأَخَذَهُ وارثٌ بحصته، فأردتَ معرفة ثمنه، فاجعل المسألة سهام غير الآخذ، ثم اجعل لسهامه من تلك النسبة، فما حصل فهو ثمن العرض، فإذا أخذ الزوج العرض بحصته، فاجعل المسألة خمسة، لكل سهم أربعة، ثم اجعل للزوج أربعة في ثلاثة تكن اثني عشر، وهو ثمنه، فتكون التركة اثنين وثلاثين)**

(ش)، يعني: فإن كان في التركة عرض، وتسامح بلفظة (مع)، ومراده بثمن العرض ما اتفق عليه الورثة، لا ما يساويه السوق، وكلامه ظاهر[٤].

(ص): **(فإن زاد على العرض خمسة، فزدها على العشرين، ثم اقسمها كذلك، فيكون لكل سهم خمسة، ثم اجعل للزوج خمسة في ثلاثة، ثم زد عليه خمسة، فيكون عشرين، فيكون ثمن العرض)**

(ش): قوله: (ثم اقسمها)، أي: الخمسة الزائدة والعشرين كذلك، أي: على خمسة وهو ظاهر[٥].

(ص): **(فإذا أخذ الزوج مع العرض خمسة فأنقصهما، ثم أقسم كذلك، فيكون**

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٤٧، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٨٢.

(٢) انظر: الاستذكار: ٧/٢٧٩، ومنح الجليل: ٢٠/٤٨٣.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٣٤، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٣٨.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٢/٣٠٤، والكافي: ٣/١٠٤٤.

(٥) انظر: أشرف المسالك: ١/٣١٣، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٦٨.

لكل سهم ثلاثة، ثم اجعل للزوج ثلاثة في ثلاثة بتسعة، وهو نصيبه، ثم انقص منها خمسة، تبقى أربعة، وهي ثمن العرض)

(ش)، يعني: فإن أخذ الزوج من التركة مع العرض خمسة، بقيت خمسة عشر تقسم على خمسة، لكل سهم ثلاثة، وكلامه ظاهر[1].

(ص): (**وإذا أَقَرَّ وارثٌ بوارث، وأنكره آخر، ولم يثبت، لم يُعْطَى المقر به إلا ما أوجبه الإقرار من النقص على حصته**)

(ش)، يعني: أن الوارث إذا كان أكثر من واحد، فأقر بعض الورثة بواحد، ولم يثبت ما أَقَرَّ به؛ لعدم العدالة، أو لعدم بلوغ النصاب؛ لم يُعْط المُقَرُّ به إلا من نصيب المُقِرِّ على ما أوجبه الإقرار.

(ص): (**وطريقه: أن تعمل فريضة الإنكار، وفريضة الإقرار، ثم تنظر ما بينهما من التماثل، والتداخل، والتوافق، والتباين، ثم أقسم على الإنكار، فما زاد على فريضة الإقرار، فهو للمقر به**)

(**ش**): ضمير (طريقه) عائد على العمل، فتُعمل فريضة الإنكار، وفريضة الإقرار.

١ - فإن تماثلت الفريضتان، أجزأتك واحدة.

٢ - وإن تداخلت إحداهما في الأخرى، أجزأتك الأخرى.

٣ - وإن اتفقتا، ضَرَبْتَ الوفق في الوفق.

٤ - وإن تباينتا ضَرَبْتَ الكامل في الكامل[2].

ثم مثل المصنف للأقسام، فقال:

(ص): (**التماثل: أم، وأخت لأب، وعم. أَقَرَّت الأخت بأخت شقيقة**)

(ش): الإنكار من ستة: للأم الثلث، وللأخت النصف، والباقي للعم.

وكذلك فريضة الإقرار: للأم سهم، وللأخت الشقيقة ثلاثة، وللأخت للأب سهم، وللعم سهم، فينقص نصيب المقر عن الإنكار بسبب الإقرار، فتدفعهما للشقيقة.

(ص): (**التداخل: أختان شقيقتان، وعاصب. أقرت إحداهما بأخت شقيقة، فتستغني بالتسعة**)

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٥٥، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٨٥.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٣٧، والتلقين: ٢/٢٤٥.

(ش): لأن فريضة الإنكار من ثلاثة، وتصح منها[1].

وفريضة الإقرار من ثلاثة، وتصح من تسعة؛ لانكسارها على الأخوات، والثلاثة داخلة في التسعة لأنها ثلثها، فتستغني بها، وتقسم على الإنكار يكون لكل أخت ثلاثة، وعلى الإقرار يكون لكل أخت سهمان، فتدفع المقرة سهمًا للمقر بها.

(ص): **(التوافق: ابن، وابنتان، أقر الابن بابن آخر، فتضرب اثنين في ستة)**

(ش): لأن الإنكار من أربعة، والإقرار من ستة، متفقين بالأنصاف، فتضرب نصف أحدهما في الآخر باثني عشر، ثم تقسم على الإنكار، فللابن ستة، ولكل بنت ثلاثة، وعلى الإقرار للابن أربعة، فيدفع السهمين للمقر به.

(ص): **(التباين: أختان شقيقتان، وعاصب. أَقَرَّت إحداهما بأخ شقيق، فتضرب ثلاثة في أربعة للمقرة في الإنكار أربعة، وفي الإقرار ثلاثة، فالزائد سهم للمقر به)**

(ش): لأن فريضة الإنكار من ثلاثة، ومنها تصح، وفريضة الإقرار من أربعة، وهما متباينان، فتضرب إحداهما في الآخر باثني عشر، وتقسم على الإنكار لكل أخت أربعة، وعلى الإقرار للمقر ثلاثة، فتدفع السهم للمقر به.

(ص): **(كذلك لو تعدد المقر والمقر به، أو القبيلان: كابن، وبنت، أَقَرَّ الابن ببنت، وأقرت البنت بابن، الإنكار من ثلاثة، وإقرار الابن أربعة، وإقرار البنت من خمسة، تضرب أربعة في خمسة بعشرين، ثم في ثلاثة بستين، فيرد الابن عشرة للمُقَرِّ بها، والبنت ثمانية للمُقَرِّ به)**

(ش): تصوره ظاهر؛ لأنا إذا قسمنا الستين على الإنكار، يكون للابن أربعون، ولها عشرون، ثم على الإقرار الابن يكون له ثلاثون فقط، فيُعْطِي عشرة للمُقَر بها، ثم على إقرارها يكون لها اثني عشر، فتعطي ثمانية للمُقَرِّ به[2].

(ص): **(وسُئِلَ أصبغ عن أخوين وامرأة حامل، أقرت هي وأحد الأخوين أنها وضعت ابنًا حَيًّا، فقال: هي من أربعة وعشرين، الإنكار يصح من ثمانية، والإقرار يصح من ثمانية، فتستغني بأحدهما، وفريضة الابن على الإقرار من ثلاثة، فتضربها في ثمانية: للمنكر تسعة، وللمقر في الإنكار تسعة، وفي الإقرار سبعة، فيرد اثنين، وللأم ثمانية)**

(ش): لأن فريضة الإنكار تصح من ثمانية، وأصلها من أربعة: للزوجة الربع،

(١) انظر: أشرف المسالك: ٣١٣/١، وشرح مختصر خليل: ١٦٨/٢٤.

(٢) انظر: المدونة: ٣٧٣/٤، وتهذيب المدونة: ١٨٩/١.

وللأخوين ما بقي؛ وهو لا ينقسم عليهما، فتضرب اثنين في أربعة.

وفريضة الإقرار من ثمانية، ومنها تصح، ثم تُوُفِّيَ الابن وترك أمه وعميه؛ للأم الثلث، وللعمين ما بقي.

المسألة من ثلاثة، وسهام الميت لا تنقسم عليها، ولا توافقها، فتضرب ثلاثة في ثمانية بأربعة وعشرين، فتقسمها على الإنكار: للزوجة ستة، ولكل من الأخوين تسعة.

وعلى الإقرار: للزوجة من الأولى ثلاثة ، ولا شيء للأخوين، وللابن أحد وعشرون تُوُفِّيَ عنها، للأم سبعة، ولكل عم سبعة، فقد نقص المقر من الأخوين سهمان، فيدفعهما للأم مع الستة الواجبة لها في الإنكار[1].

(ص): **(وإذا أَوْصَى بجزء شائع، كنصف، أو ثلث، أو بجزء من أحد عشر، فصحح الميراث، ثم خذ عدد مخرج الوصية، وأخرج الوصية، فإن كان ما بقي منقسمًا، وإلا فَوُفِّقَ بين ما بقي وبين ما صح منه، ثُمَّ اضرب الوفق في مخرج الوصية كابنين، وأَوْصَى بالثلث، فتصح في الميراث من اثنين، ومخرج الوصية من ثلاثة فتستغني)**

(ش): احترز بالشائع مما لو أَوْصَى بمعين، فإنه لا عمل حينئذ، وقال: (أو بجزء من أحد عشر)؛ لينبه على أنه لا فرق بين الأجزاء الصم وغيرها، فتعمل الفريضة، ثم تنظر مقام جزء الوصية، الثلث من ثلاثة، والربع من أربعة، وكذلك فتخرج الوصية، وانظر ما بقي، فإن انقسم على المسألة، فقد خرجت الفريضة والوصية من مخرج الوصية، كالمثال الذي ذكره المصنف[2].

وإن لم تنقسم بقية الأجزاء على المسألة، كانت كسهام انكسرت على صنف، فإن وافقتها ضربت وفق المسألة في مخرج الوصية، ومن الخارج تصح، ثم تقول: من كان له شيء من الوصية، أخذه مضروبًا في وفقها إن وافقت، وفي كاملها إن لم توافق[3].

ومن له شيء من الفريضة، أخذه مضروبًا في وفق السهام إن وافقت، وفي كاملها إن لم توافق.

(ص): **(فإن كانوا أربعة، ضَرَبْتَ اثنين في ثلاثة)**

(ش): هو مثال لقوله: (وإلا فوفق)، أي: إذا أَوْصَى بالثلث، وخلف أربعة، فمخرج

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/٢٤٧، وحاشية الدسوقي: ١٩/٣٨٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٨/٥٣٤، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٣٨.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٠٥، وإرشاد السالك: ١/٢٢٥.

الوصية من ثلاثة: للمُوصَى لهم سهم، والباقي سهمان لا ينقسمان على الورثة، لكن يتوافقان بالنصف، فتضرب وفق المسألة وهو اثنان في مخرج الوصية بستة، فتقول: من له شيء من الوصية، أخذه مضروبًا في وفق المسألة، ومن له شيء من الفريضة، أخذه مضروبًا في وفقها[1].

(ص): **(فإن أَوْصَى بسُدس وسُبع، فاضرب ستة في سبعة باثنين وأربعين، فالباقي تسعة وعشرون لا تصح ولا توافق، فتضرب اثنين وأربعين في أربع مائة وثمانية وستين)**

(ش)، يعني: فلو كانت المسألة، وهي أن الأولاد أربعة، فأَوْصَى بالسُدس والسُبع، ضَرَبْتَ مقام السدس في السبع لتباينهما باثنين وأربعين، فتأخذ سُدسها وسُبعها، وذلك ثلاثة عشر، تبقى تسعة وعشرون، وهي لا تنقسم على أربعة سهام الفريضة ولا توافقها، فتضرب أربعة في اثنين وأربعين بمائة وثمانية وستين، فتقول: من له شيء من اثنين وأربعين، أخذه مضروبًا في أربعة ومن له شيء من أربعة، أخذه مضروبًا في تسعة وعشرين.

واقتصرنا على حل كلام المصنف هنا؛ لأنه الأهم هنا، وغيره يعلم من كتب هذا الفن.

(ص): **(الموانع: منها اختلاف الدِّين كالمسلم وغيره، واليهودي مع النصراني إن تحاكموا إلينا)**

(ش): للحديث: "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"[2]. وفي الصحيح: "لا يتوارث أهل ملتين"[3].

وقوله: (كالمسلم) على حذف مضاف، أي: كدِين المسلم؛ ليوافق قوله: (اختلاف الدِّين).

وقوله: (واليهودي) إلى آخره، يعني: وكذلك اختلاف الدِّين بين اليهودي والنصراني مانع من الإرث إن تحاكموا إلينا، وإن لم يتحاكموا إلينا فلا نعرض لهم.

وهكذا قال مالك: إن اليهودية ملة، والنصرانية ملة، وما عداهما من الكفر ملة.

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٣٠٤، والكافي: ٣/١٠٤٤.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، رقم (٦٧٦٤) ومسلم برقم (١٦١٥) والترمذي، رقم (٢١٠٧).

(٣) أخرجه الترمذي، رقم (٢١٠٨) وقال: لا نَعْرِفُهُ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ إلا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى. ولم أجد هذا اللفظ في الصحيح، ولعله يقصد صحيح ابن حبان.

(ص): (وأما من يُظهر الإسلام، ثم اطُّلِعَ على إسراره زندقةً، أو كُفْرًا، أو غيرهما، فَقُتِلَ بها، أو مات، فرَوَى ابن القاسم: يرثه ورثته المسلمون، ورَوَى ابن نافع: كالمرتد، وعليه الأكثرون)

(ش): في كلامه نظر؛ لأن قوله: (إسراره زندقة أو كفر) يقتضي أن الزندقة إسرار غير الكفر، وليس كذلك، ومراده بـ (غيرهما) السحر.

والأظهر رواية ابن نافع؛ لأنا نقتله لأجل الكفر، واختار رواية ابن القاسم أصبغ، والشيخ أبو إسحاق؛ اعتبارًا بما كان يظهره.

قال القاضي أبو الوليد: ورواية ابن القاسم تقتضي أنه يُقتل حَدًّا، ورواية ابن نافع تقتضي أنه يُقتل كُفرًا.

(ص): (وإذا تحاكم إلينا ورثةُ كافرٍ، وتراضَوا كلهم بحكمنا، حَكَمْنَا بحكم الإسلام، فإن أَبَى بعضهم لم يُعرض إليهم، إلا يكون فيهم من أسلم، فقال ابن القاسم: يُحكم له بحكمهم على مواريثهم إن كانوا كتابيين، وإلا فبحكم الإسلام، وقال سحنون: بحكم الإسلام)

(ش)، يعني: أن ورثة الكافر إما أن يبقوا على دينهم، أو يسلم بعضهم بعد موت مورثهم.

والأول: يحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا بحكم الإسلام، بشرط رِضَى جيعهم، وهل يشترط رِضَى أساقفتهم؟ قولان.

وأما الثاني: فيحكم بينهم لأجل وجود المسلم. ثم هل يقسم بينهم على حكم الإسلام مُطْلَقًا؟ وهو قول سحنون، أو بشرط أن يكونوا غير كتابيين، وأما الكتابيون فعلى مواريثهم.

(ص): (والتظالم بين أهل الذمة يَحكم السلطان بينهم فيه)

(ش)، أي: وإن لم يتراضوا، وكما يجب عليه منع المسلمين من ظلمهم، كذلك بعضهم من بعض.

(ص): (ومنها الرِّق: فلا يرث رقيق، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد، ومن بعضه حُر، كالقِنِّ لا يرث ولا يورث، وماله لمن يملك الرق منه)

(ش): لا خلاف في هذه الجملة عندنا.

(ص): (ومنها القتل: فلا يرث قاتل عمد من مالٍ، ولا دية، وإن كان خطأ ورث من

المال دون الدية)

(ش)، يريد: إلا الولاء، فإن المذهب: أن قاتل العمد، وقاتل الخطأ يرثان الولاء، ويرثه عنهم من يرثهما، وحيث لا يرث، فلا يحجب، وإن ورث من المال حجب فيه.

وهكذا رَوَى الدارقطني، لكنه حديث ضعيف، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام يوم فتح مكة، فقال: "لا يتوارث أهل ملتين، وترث المرأة من دية زوجها وماله، وهو يرث من ديتها ومالها ما لم يقتل أحدهما صاحبه عمدًا، فلا يرث من ماله ومن ديته شيئًا، وإن قتل أحدهما صاحبه خطأ وَرِثَ من ماله، ولمن يرث من ديته"[(١)].

رَوَاهُ محمد بن سعيد، عن عمرو بن شعيب، قال: أخبرني أبي، عن جدي.

قال عبد الحق: ومحمد بن سعيد، وأظنه المصلوب، وهو متروك عند الجميع.

وفي مراسيل أبي داود: "لا يرث قاتل عمد ولا خطأ شيئًا من الدية"[(٢)].

(ص): (**ومنها اللِّعان: ويبقى الإرث بين الولد وأمه، والتوأمان شقيقان، بخلاف توأمي الزِّنا، فإنهما لأم، وفي توأمي المغتصبة قولان**)

(ش): لعله ذكر اللعان ليرتب عليه ما بعده؛ لأن المانع إنما يكون إذا كان السبب موجودًا، وأما مع عدمه فلا، والأظهر في توأمي المغتصبة أنهما كالزنا؛ إذ لا أب لهما شَرْعًا، ولا يترقب ثبوت نسبهما منه في المستقبل، كما يترقب في توأمي الملاعنة، وكذلك في توأمي المسبية والمستأمنة[(٣)].

(ص): (**ومنها: استبهام التقدم والتأخر: كالموتى في سفر وهدم، فيقدم كل واحد منهم كأنه غير وارث، ولو علم التقدم وجهل التعيين، كان كذلك**)

(ش)، يعني: إذا مات قرابة، ولم يعلم المتقدم من المتأخر، فذلك يمنع الميراث، وكذلك لو علم التقدم، ولكن جهل تعيينه؛ لأن الميراث لا يكون بالشك، وهكذا نقل مالك عن غير واحد من علماء المدينة: أنه لم يتوارث من قُتِلَ يوم الجمل، ويوم صفين، ويوم الحرة، ويوم قديد؛ إلا من عُلِمَ أنه مات قبل الآخر[(٤)].

وقد تقدم في الجنائز: أن أم كلثوم ماتت، وابنها زيد في فور واحد، وأنهما لم

---

(١) انظر: سنن الدارقطني، رقم (٤٠٤٤).

(٢) انظر: المراسيل، لأبي داود، رقم (٣٦٠) وقد أرسله سعيد بن المسيب.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٥٠٥/١٢، وإرشاد السالك: ٢٢٥/١.

(٤) انظر: الثمر الداني: ٥٥٥/١، وحاشية الصاوي: ٤٨٥/١٠.

يَتَوَارَثَا[(١)].

(ص): **(ومنها ما يمنع من الصرف عاجلا: وهو الإشكال في الوجود، أو في الذكورية، أو فيهما)**

(ش): في إدخاله الإشكال في الذكورية هنا نظر؛ لأن مراده بذلك الخنثى المشكل، وهو لا يمنع من الصرف عاجلا، بل يوجب نقص الميراث، إلا أن يريد أنه يتأخر النظر فيه لينظر في أمره[(٢)].

(ص): **(الأول: المنقطع خبره، فيُعَمَّر مدة يعيش إليها غالبًا، قيل: سبعون، وثمانون، وتسعون، ومائة، ويُقَدَّرُ حينئذ ميتًا)**

(ش): قد تَقَدَّمَ ما في هذه المسألة من الخلاف بأوسع مما ذكره المصنف في باب المفقود.

(ص): **(فلو مات موروثٌ له، قُدِّرَ حَيًا وميتًا، ووقف المشكوك فيه، فإن مضت مدة التعمير ولم يتبين، فكالموتى في الهدم، فإن تركت زوجًا، وأختًا، وأُمًّا، وأبًا مفقودًا؛ فعلى أنه حَيٌّ من ستة، وعلى أنه ميت من ستة، وتعول إلى ثمانية، فتضرب الوفق في الكامل بأربعة وعشرين: للزوج تسعة، وللأم أربعة، ويوقف أحد عشر، فإن ثَبَتَتْ حياته، أَخَذَ الزوج ثلاثة، والأب ثمانية، وإن تبين موته، أو مضى التعمير، أخذت الأخت تسعة، والأم اثنين)**

(ش): قوله: (فكالموتى في الهدم)، أي: فيرث الميت أحياء ورثته، وبين المصنف العمل يقوله: (فإذا تركت) إلى آخره، يريد، أي: بتقدير حياة الأب تكون الفريضة إحدى الغراوين: للزوج النصف، وللأم ثلث ما يبقى، وبتقدير موت الأب يكون للزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم الثلث، الفريضة من ستة، وتعول إلى ثمانية، والثمانية موافقة للستة بالنصف، فتضرب وفق أحدهما في كامل الآخر بأربعة وعشرين، فبالضرورة للزوج في حياة الأب أكثر من موته؛ لأن له في الحياة النصف من فريضة غير عائلة، فيُعْطَى المحقق، وهو ثلاثة أثمان الأربعة وعشرين، وهو تسعة، والأم لها في الفريضة غير العائلة أقل، وذلك سدس، وهو أربعة، فيبقى أحد عشر، ولا يخفى عليك

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢٤٧/٦، وحاشية الدسوقي: ٣٨٢/١٩.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٣٤/٨، والبهجة في شرح التحفة: ٥٣٨/٢.

ما ذكره المصنف[١].

(ص): **(الثاني: الخُنْثَى المشكل، فإن بال من أحدهما، أو كان أكثر، أو أسبق، أو نَبَتَتْ لحيته، أو خرج ثدي، أو حَيْضٌ، أو مَنِيٌّ؛ فليس بمشكل، إلا أن يجتمع)**

(ش): هذا هو القسم الثاني من أقسام النوع الأخير[٢].

ومذهبنا هو مذهب الأكثر: ثبوت خُنثى مشكل، وكلام المصنف ظاهر التصور، وأنكر بعضهم سبقية البول وكثرته، قيل: ولم يصح عن مالك فيه شيء، ورُوِيَ عنه أنه قال: ذَكَرٌ زاده الله فَرْجًا[٣].

ورُوِيَ عن قاسم بن أصبغ، عن أبيه: أنه رأى بالعراق خنثى وُلِدَ له من بطنه وصلبه[٤].

أبو عبد الله بن قاسم: ورأيت لمالك في بعض التعاليق: أن مثل هذين لا يتوارثان؛ لأنهما لم يجتمعا في بطن ولا ظهر، فليسا أخوين لأب ولا أم.

ابن القاسم: ويمنع النكاح من الجهتين، واختلف في جواز النظر للفرج وعدمه.

(ص): **(وحيث حكمنا بالإشكال، فميراثه نصف نصيبي ذكر وأنثى، فصحح المسألة على التقديرات الثلاثة، ثم اضرب الوفق، أو الكامل إن تباينت، ثم في حال الخنثى، ثم خذ من كل نصيب جزء يُسَمَّى مفرد التقديرات)**

(ش): قوله: (على التقديرات)، أي: تقدير كونه ذكر، ثم كونه أنثى، ثم خذ جزء يُسَمَّى مفرد التقديرات من الاثنين النصف، ومن الأربعة الربع، فما اجتمع فهو نصيب كل وارث، وطريقه أن تعمل المسألة على أنه ذكر، ثم تعملها على أنه أنثى، ثم تنظر بين المسألتين بالتوافق والتباين كما تقدم، ثم ما حصل تضربه في حال الخنثى، ثم تقسم على حال التذكير، ثم التأنيث، ثم تجمع ما حصل لكل وارث، وتنسب واحدًا إلى الأحوال الحاصلة، فتُعْطَى لكل وارث[٥].

فلو ترك: خنثى، وذكرًا، أو عاصبًا. فعلى التذكير من اثنين، وعلى التأنيث من

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٥٥٥، وحاشية الصاوي: ١٠/٤٨٥.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٩٠، والفواكه الدواني: ١/٩٥.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ١٢/٥٠٥، وإرشاد السالك: ١/٢٢٥.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٢/٣٠٤، والكافي: ٣/١٠٤٤.

(٥) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٩٠، والفواكه الدواني: ١/٩٥.

ثلاثة، فتضرب ثلاثة في اثنين بستة، فللخنثى في التذكير ثلاثة، وفي التأنيث اثنان، فيعطى نصفها وهو اثنان ونصف، وكذلك الآخر[١].

(ص): **(فلو ترك: خنثيين وعاصبًا، فأربعة أحوال تنتهي إلى أربعة وعشرين، لكل واحد أحد عشر، وللعاصب سهمان)**

(ش): فريضة التذكير من اثنين، وفريضة التأنيث من ثلاثة.

لهما الثلثان، وللعاصب سهم، وكذا إذا قدر أحدهما ذَكَرًا والآخر أنثى، وبالعكس، فتتماثل ثلاثة فرائض، فتستغني بأحدهما، فتضربها في الآخر بستة، ثم في الأحوال، وهي بأربعة وعشرين، ثم تقسم، فلكل خُنثى في التذكير اثنتا عشرة، ولكل منهما في التأنيث ثمانية، وله في تذكيره دون صاحبه ستة عشر، وفي العكس ثمانية تحصل له في الأربعة أربعة وأربعون، فيأخذ ربعها وهو أحد عشر، وكذلك العاصب إنما يصح له في حال واحدة ثمانية، فيأخذ ربعها وهو اثنان[٢].

(ص): **(الثالث: في حمل الزوجة، فقيل: يُوقَفُ الجميع، ووصاياه حتى تضع، وقيل: بتعجيل المحقق. قال أشهب: هو الذي لا شك فيه، وعليه يوقف ميراث أربعة ذكور؛ لأنه غاية ما وقع. ولدت أم ولد أبي إسماعيل، محمدًا، وعُمَرًا، وعليًّا، وإسماعيل؛ بلغ الأولون الثمانين)**

(ش): هذا هو النوع الثالث، وهو الشك في الوجود والذكورية، والقول الأول هو المشهور، والثاني أظهر، كما قال أشهب، وليس لقوله: (حمل الزوجة) مفهوم، بل وكذلك الأمَة، وعلى ما اختاره أشهب يوفق لأربعة ذكور كما ذكرها المصنف؛ لأنه أكثر ما وقع، والقصة التي ذكرها المصنف هي التي في "الزاهي " لابن شعبان.

وهذا آخر ما قصدناه والله أعلم.

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٣١٣، وشرح مختصر خليل: ٢٤/١٦٨.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٣٧، والتلقين: ٢/٢٤٥.

المصادر والمراجع

١ - الأحاديث المختارة - أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد بن أحمد الحنبلي المقدسي - ٦٤٣ - ١٠ - مكتبة النهضة الحديثة - مكة المكرمة - ١٤١٠ - الأولى - عبد الملك بن عبد الله بن دهيش.

٢ - الجامع الصحيح المختصر - محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي - ٢٥٦ - ٦ - دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت - ١٤٠٧ - ١٩٨٧ - الثالثة - د. مصطفى ديب البغا.

٣ - المستدرك على الصحيحين - محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري - ٤٠٥ - ٤ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ - ١٩٩٠ - الأولى - مصطفى عبد القادر عطا.

٤ - المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم - أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق الأصبهاني - ٤٣٠ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٩٦ - الأولى - محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي.

٥ - المنتقى من السنن المسندة - عبد الله بن علي بن الجارود أبو محمد النيسابوري - ٣٠٧ - ١ - مؤسسة الكتاب الثقافية - بيروت - ١٤٠٨ - ١٩٨٨ - الأولى - عبدالله عمر البارودي.

٦ - صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان - محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي - ٣٥٤ - ١٨ - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤١٤ - ١٩٩٣ - الثانية - شعيب الأرنؤوط.

٧ - صحيح ابن خزيمة - محمد بن إسحاق بن خزيمة أبو بكر السلمي النيسابوري - ٣١١ - ٤ - المكتب الإسلامي - بيروت - ١٣٩٠ - ١٩٧٠ - د. محمد مصطفى الأعظمي.

٨ - صحيح مسلم - مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري - ٢٦١ - ٥ - دار إحياء التراث العربي - بيروت - محمد فؤاد عبد الباقي.

٩ - موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان - علي بن أبي بكر الهيثمي أبو الحسن - ٨٠٧ - ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - محمد عبد الرزاق حمزة.

١٠ - سنن البيهقي الكبرى - أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي - ٤٥٨ - ١٠ - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - ١٤١٤ - ١٩٩٤ - محمد عبد القادر عطا.

١١ - الجامع الصحيح سنن الترمذي - محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي - ٢٧٩ - ٥ - دار إحياء التراث العربي - بيروت - أحمد محمد شاكر وآخرون.

١٢ - الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب - الربيع بن حبيب بن عمر الأزدي البصري - ١٠١ - ١ - دار الحكمة ،مكتبة الاستقامة - بيروت ،سلطنة عمان - ١٤١٥ - الأولى - محمد إدريس ، عاشور بن يوسف.

١٣ - السنن الصغرى - أحمد بن الحسين بن علي البيهقي أبو بكر - ٤٥٨ - مكتبة الدار - المدينة المنورة - ١٤١٠ - ١٩٨٩ - الأولى - د. محمد ضياء الرحمن الأعظمي.

١٤ - السنن الكبرى - أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي - ٣٠٣ - ٦ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ - ١٩٩١ - الأولى - د.عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن.

١٥ - السنن المأثورة - محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله - ٢٠٤ - ١ - دار المعرفة - بيروت - ١٤٠٦ - الأولى - د. عبد المعطي أمين قلعجي.

١٦ - المجتبى من السنن * - أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي - ٣٠٣ - ٨ - مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ١٤٠٦ - ١٩٨٦ - الثانية - عبدالفتاح أبو غدة.

١٧ - سنن ابن ماجه - محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني - ٢٧٥ - ٢ - دار الفكر - بيروت - محمد فؤاد عبد الباقي.

١٨ - سنن الدارقطني - علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي - ٣٨٥ - ٤ - دار المعرفة - بيروت - ١٣٨٦ - ١٩٦٦ - السيد عبد الله هاشم يماني المدني.

١٩ - سنن الدارمي - عبدالله بن عبدالرحمن أبو محمد الدارمي - ٢٥٥ - ٢ - دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٧ - الأولى - فواز أحمد زمرلي ، خالد السبع العلمي.

٢٠ - سنن أبي داود - سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي - ٢٧٥ - ٤ - دار الفكر - محمد محيي الدين عبد الحميد.

٢١ - سنن سعيد بن منصور - سعيد بن منصور - ٢٢٧ - ٥ - دار العصيمي - الرياض - ١٤١٤ - الأولى - د. سعد بن عبد الله بن عبد العزيز آل حميد.

٢٢ - كتاب السنن - أبو عثمان سعيد بن منصور الخراساني - ٢٢٧ - الدار السلفية - الهند - ١٩٨٢ - الأولى - حبيب الرحمن الأعظمي.

٢٣ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - علي بن أبي بكر الهيثمي - ٨٠٧ - ١٠ - دار الريان للتراث ،دار الكتاب العربي - القاهرة بيروت - ١٤٠٧.

٢٤ - مسند الشافعي - محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي - ٢٠٤ - ١ - دار الكتب

العلمية - بيروت -.

٢٥ - مسند أبي عوانة - يعقوب بن إسحاق الأسفرائني أبو عوانة - ٣١٦ - ٢ - دار المعرفة - بيروت.

٢٦ - مسند أبي عوانة - أبي عوانة يعقوب بن إسحاق الأسفرائيني - ٣١٦ - دار المعرفة - بيروت - ١٩٩٨ - الأولى - أيمن بن عارف الدمشقي.

٢٧ - مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه - أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني - ٨٤٠ - ٤ - دار العربية - بيروت - ١٤٠٣ - الثانية - محمد المنتقى الكشناوي.

٢٨ - الأدب المفرد - محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي - ٢٥٦ - ١ - دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤٠٩ - ١٩٨٩ - الثالثة - محمد فؤاد عبدالباقي.

٢٩ - التقييد لمعرفة رواة السنن والمسانيد - محمد بن عبد الغني البغدادي أبو بكر - ٦٢٩ - ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٨ - الأولى - كمال يوسف الحوت.

٣٠ - الرد على من يقول القرآن مخلوق - أحمد بن سلمان النجاد أبو بكر - ٣٤٨ - ١ - مكتبة الصحابة الإسلامية - الكويت - ١٤٠٠ - رضا الله محمد إدريس.

٣١ - الشمائل الشريفة - عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد إبن سابق الدين الخضيري - ٩١١ - ١ - دار طائر العلم - جدة - محمد عبدالرؤوف بن تاج العارفين ابن علي بن زين العابدين المناوي.

٣٢ - العرش وما روي فيه - محمد بن عثمان ابن أبي شيبة العبسي أبو جعفر - ٢٩٧ - ١ - مكتبة المعلا - الكويت - ١٤٠٦ - الأولى - محمد بن حمد الحمود.

٣٣ - الفردوس بمأثور الخطاب - أبي شجاع شيرويه بن شهردار بن شيرويه الديلمي الهمذاني - ٥٠٩ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٨٦ - الأولى - السعيد بن بسيوني زغلول.

٣٤ - أمالي المحاملي - رواية ابن يحيى البيع - الحسين بن إسماعيل الضبي المحاملي أبو عبد الله - ٣٣٠ - ١ - المكتبة الإسلامية ، دار ابن القيم - عمان - الأردن ، الدمام - ١٤١٢ - الأولى - د. إبراهيم القيسي.

٣٥ - إثبات عذاب القبر - أحمد بن الحسين البيهقي أبو بكر - ٤٥٨ - ١ - دار الفرقان - عمان الأردن - ١٤٠٥ - الثانية - د. شرف محمود القضاة.

٣٦ - خلق أفعال العباد - محمد بن إبراهيم بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي - ٢٥٦ - ١ - دار المعارف السعودية - الرياض - ١٣٩٨ - ١٩٧٨ - د. عبدالرحمن عميرة.

٣٧ - ذيل التقييد في رواة السنن والمسانيد - محمد بن أحمد الفاسي المكي أبو الطيب

- ٨٣٢ - ٢ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٠ - الأولى - كمال يوسف الحوت.

٣٨ - رؤية الله - علي بن عمر بن أحمد الدارقطني - ٣٨٥ - ١ - مكتبة القرآن - القاهرة - مبروك إسماعيل مبروك.

٣٩ - رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي - ٦٧٦ - ١ - دار أسامة - عمان - ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م - الثانية - علي أبو الخير.

٤٠ - شعب الإيمان - أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي - ٤٥٨ - ٨ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٠ - الأولى - محمد السعيد بسيوني زغلول.

٤١ - فتيا وجوابها في ذكر الإعتقاد وذم الاختلاف - الحسن بن أحمد بن الحسن بن أحمد بن محمد بن سهل بن سلمة بن عثكل بن حنبل بن إسحاق العطار - ٥٦٩ - ١ - دار العاصمة - الرياض - ١٤٠٩ - الأولى - عبدالله بن يوسف الجديع.

٤٢ - كتاب الدعاء - أبي عبد الرحمن محمد بن فضيل بن غزوان الضبي - ١٩٥ - ١ - مكتبة الرشيد - الرياض - ١٩٩٩ - الأولى - د.عبد العزيز بن سليمان بن إبراهيم البعيمي - الاعتبار - ابن أبي الدنيا .

٤٣ - كتاب الزهد الكبير - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبدالله بن موسى البيهقي - ٤٥٨ - ١ - مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت - ١٩٩٦ - الثالثة - الشيخ عامر أحمد حيدر - الأمالي في آثار الصحابة - الصنعاني -.

٤٤ - مسند الشهاب - محمد بن سلامة بن جعفر أبو عبد الله القضاعي - ٤٥٤ - ٢ - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤٠٧ - ١٩٨٦ - الثانية - حمدي بن عبد المجيد السلفي - الفوائد - ابن القيم الجوزية -.

٤٥ - نوادر الأصول في أحاديث الرسول - محمد بن علي بن الحسن أبو عبدالله الحكيم الترمذي - دار الجيل - بيروت - ١٩٩٢ - الأولى - د.عبد الرحمن عميرة - الرضا عن الله بقضائه - ابن أبي الدنيا -.

٤٦ - الآثار - يعقوب بن إبراهيم الأنصاري أبو يوسف - ١٨٢ - ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٣٥٥ - أبو الوفا.

٤٧ - الجامع - معمر بن راشد الأزدي - ١٥١ - ٢ - المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٣ - الثانية - حبيب الأعظمي (منشور كملحق بكتاب المصنف للصنعاني ج١٠).

٤٨ - الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار - أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي - ٢٣٥ - ٧ - مكتبة الرشد - الرياض - ١٤٠٩ - الأولى - كمال يوسف الحوت.

٤٩ - المصنف - أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني - ٢١١ - ١١ - المكتب

الإسلامي - بيروت - ١٤٠٣ - الثانية - حبيب الرحمن الأعظمي.

٥٠ - المعتصر من المختصر من مشكل الآثار - يوسف بن موسى الحنفي أبو المحاسن - ٢ - عالم الكتب ، مكتبة المتنبي - بيروت ، القاهرة.

٥١ - شرح معاني الآثار - أحمد بن محمد بن سلامة بن عبدالملك بن سلمة أبو جعفر الطحاوي - ٣٢١ - ٤ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٣٩٩ - الأولى - محمد زهري النجار.

٥٢ - موطأ الإمام مالك - مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي - ١٧٩ - ٢ - دار إحياء التراث العربي - مصر - محمد فؤاد عبد الباقي.

٥٣ - المعجم الأوسط - أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني - ٣٦٠ - ١٠ - دار الحرمين - القاهرة - ١٤١٥ - طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني.

٥٤ - الآحاد والمثاني - أحمد بن عمرو بن الضحاك أبو بكر الشيباني - ٢٨٧ - ٦ - دار الراية - الرياض - ١٤١١ - ١٩٩١ - الأولى - د. باسم فيصل أحمد الجوابرة.

٥٥ - البحر الزخار - أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البزار - ٢٩٢ - ١٠ - مؤسسة علوم القرآن ، مكتبة العلوم والحكم - بيروت ، المدينة - ١٤٠٩ - الأولى - د. محفوظ الرحمن زين الله.

٥٦ - الروض الداني (المعجم الصغير) - سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني - ٣٦٠ - ٢ - المكتب الإسلامي ، دار عمار - بيروت ، عمان - ١٤٠٥ - ١٩٨٥ - الأولى - محمد شكور محمود الحاج أمرير.

٥٧ - المسند - عبدالله بن الزبير أبو بكر الحميدي - ٢١٩ - ٢ - دار الكتب العلمية ، مكتبة المتنبي - بيروت ، القاهرة - حبيب الرحمن الأعظمي.

٥٨ - المسند للشاشي - أبو سعيد الهيثم بن كليب الشاشي - ٣٣٥ - ٢ - مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة - ١٤١٠ - الأولى - د. محفوظ الرحمن زين الله.

٥٩ - المعجم - أحمد بن علي بن المثنى الموصلي أبو يعلى - ٣٠٧ - ١ - إدارة العلوم الأثرية - فيصل آباد - ١٤٠٧ - الأولى - إرشاد الحق الأثري.

٦٠ - المعجم الكبير - سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني - ٣٦٠ - ٢٠ - مكتبة العلوم والحكم - الموصل - ١٤٠٤ - ١٩٨٣ - الثانية - حمدي بن عبدالمجيد السلفي.

٦١ - المعجم في أسامي شيوخ أبي بكر الإسماعيلي - أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل

الإسماعيلي أبو بكر - ٣٧١ - ٣ - مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة - ١٤١٠ - الأولى - د. زياد محمد منصور.

٦٢ - المنتخب من مسند عبد بن حميد - عبد بن حميد بن نصر أبو محمد الكسي - ٢٤٩ - ١ - مكتبة السنة - القاهرة - ١٤٠٨ - ١٩٨٨ - الأولى - صبحي البدري السامرائي، محمود محمد خليل الصعيدي.

٦٣ - بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث - الحارث بن أبي أسامة / الحافظ نور الدين الهيثمي - ٢٨٢ - ٢ - مركز خدمة السنة والسيرة النبوية - المدينة المنورة - ١٤١٣ - ١٩٩٢ - الأولى - د. حسين أحمد صالح الباكري.

٦٤ - مسند ابن الجعد - علي بن الجعد بن عبيد أبو الحسن الجوهري البغدادي - ٢٣٠ - ١ - مؤسسة نادر - بيروت - ١٤١٠ - ١٩٩٠ - الأولى - عامر أحمد حيدر.

٦٥ - مسند الإمام أبي حنيفة - أحمد بن عبد الله بن أحمد الأصبهاني أبو نعيم - ٤٣٠ - ١ - مكتبة الكوثر - الرياض - ١٤١٥ - الأولى - نظر محمد الفاريابي.

٦٦ - مسند الإمام أحمد بن حنبل - أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني - ٢٤١ - ٦ - مؤسسة قرطبة - مصر -.

٦٧ - مسند الحب ابن الحب أسامة بن زيد - عبد الله بن محمد بن عبد العزيز بن المرزبان البغوي أبو القاسم - ٣١٧ - ١ - دار الضياء - الرياض - ١٤٠٩ - الأولى - حسن أمين بن المندوه.

٦٨ - مسند الروياني - محمد بن هارون الروياني أبو بكر - ٣٠٧ - ٢ - مؤسسة قرطبة - القاهرة - ١٤١٦ - الأولى - أيمن علي أبو يماني.

٦٩ - مسند الشاميين - سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني - ٣٦٠ - ٢ - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤٠٥ - ١٩٨٤ - الأولى - حمدي بن عبدالمجيد السلفي.

٧٠ - مسند أبي داود الطيالسي - سليمان بن داود أبو داود الفارسي البصري الطيالسي - ٢٠٤ - ١ - دار المعرفة - بيروت -.

٧١ - مسند أبي يعلى - أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي - ٣٠٧ - ١٣ - دار المأمون للتراث - دمشق - ١٤٠٤ - ١٩٨٤ - الأولى - حسين سليم أسد.

٧٢ - مسند أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز - الإمام الحافظ أبو بكر محمد بن محمد بن سليمان الباغندي - ٣١٢ - ١ - مؤسسة علوم القرآن - دمشق - ١٤٠٤ - محمد عوامة.

٧٣ - مسند إسحاق بن راهويه - إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي المروزي -

٢٣٨ - مكتبة الإيمان - المدينة المنورة - ١٩٩٥ - الأولى - د.عبدالغفور عبدالحق حسين بر البلوشي.

٧٤ - مسند بلال بن رباح المؤذن - الحافظ أبو علي الحسن بن محمد الصباح - ٢٦٠ - ١ - دار الصحابة - مصر - ١٤٠٩ - ١٩٨٩ - الأولى - مجدي فتحي السيد.

٧٥ - مسند سعد بن أبي وقاص - أحمد بن إبراهيم بن كثير الدورقي أبو عبد الله - ٢٤٦ - ١ - دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤٠٧ - الأولى - عامر حسن صبري.

٧٦ - مسند عبد الله بن أبي أوفى * - يحيى بن محمد بن صاعد أبو محمد - ٣١٨ - ١ - مكتبة الرشد - الرياض - ١٤٠٨ - سعد بن عبد الله آل الحميد.

٧٧ - مسند عبد الله بن عمر - محمد بن إبراهيم الطرسوسي أبو أمية - ٢٧٣ - ١ - دار النفائس - بيروت - ١٣٩٣ - الأولى - أحمد راتب عرموش.

٧٨ - مسند عمر بن الخطاب - يعقوب بن شيبة بن الصلت السدوسي أبو يوسف - ٢٦٢ - ١ - مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت - ١٤٠٥ - الأولى - كمال يوسف الحوت.

٧٩ - معجم الشيوخ - محمد بن أحمد بن جميع الصيداوي أبو الحسين - ٤٠٢ - ١ - مؤسسة الرسالة ،دار الإيمان - بيروت ، طرابلس - ١٤٠٥ - الأولى - د. عمر عبد السلام تدمري.

٨٠ - معجم الصحابة - عبد الباقي بن قانع أبو الحسين - ٣٥١ - ٣ - مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة المنورة - ١٤١٨ - الأولى - صلاح بن سالم المصراتي.

٨١ - التحقيق في أحاديث الخلاف - عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج - ٥٩٧ - ٢ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٥ - الأولى - مسعد عبد الحميد محمد السعدني.

٨٢ - الدراية في تخريج أحاديث الهداية - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل - ٨٥٢ - ٢ - دار المعرفة - بيروت - السيد عبد الله هاشم اليماني المدني.

٨٣ - تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب - إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء - ٧٧٤ - ١ - دار حراء - مكة المكرمة - ١٤٠٦ - الأولى - عبد الغني بن حميد بن محمود الكبيسي.

٨٤ - تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج - عمر بن علي بن أحمد الوادياشي الأندلسي - ٨٠٤ - ٢ - دار حراء - مكة المكرمة - ١٤٠٦ - الأولى - عبد الله بن سعاف اللحياني.

٨٥ - تغليق التعليق على صحيح البخاري - أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني - ٨٥٢ - ٥ - المكتب الإسلامي ،دار عمار - بيروت ، عمان - الأردن - ١٤٠٥

- الأولى - سعيد عبد الرحمن موسى القزقي.

٨٦ - تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني - ٨٥٢ - ٢ - المدينة المنورة - ١٣٨٤ - ١٩٦٤ - السيد عبدالله هاشم اليماني المدني.

٨٧ - خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي - عمر بن علي بن الملقن الأنصاري - ٨٠٤ - ٢ - مكتبة الرشد - الرياض - ١٤١٠ - الأولى - حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي.

٨٨ - نصب الراية لأحاديث الهداية - عبدالله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي - ٧٦٢ - ٤ - دار الحديث - مصر - ١٣٥٧ - محمد يوسف البنوري.

٨٩ -!من كلام أبي زكريا يحيى بن معين في الرجال - يحيى بن معين - ٢٣٣ - ١ - دار المأمون للتراث - دمشق - ١٤٠٠ - د. أحمد محمد نور سيف.

٩٠ - الضعفاء وأجوبة الرازي على سؤالات البرذعي - عبيد الله بن عبد الكريم بن يزيد الرازي أبو زرعة - ٢٦٤ - ١ - دار الوفاء - المنصورة - ١٤٠٩ - الثانية - د. سعدي الهاشمي.

٩١ - بيان خطأ من أخطأ على الشافعي - أحمد بن الحسين البيهقي أبو بكر - ٤٥٨ - ١ - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤٠٢ - الأولى - د. الشريف نايف الدعيس.

٩٢ - تاريخ ابن معين (رواية الدوري) - يحيى بن معين أبو زكريا - ٢٣٣ - ٤ - مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي - مكة المكرمة - ١٣٩٩ - ١٩٧٩ - الأولى - د. أحمد محمد نور سيف.

٩٣ - تاريخ ابن معين (رواية عثمان الدارمي) - يحيى بن معين أبو زكريا - ٢٣٣ - ١ - دار المأمون للتراث - دمشق - ١٤٠٠ - د. أحمد محمد نور سيف.

٩٤ - سؤالات البرقاني للدارقطني - علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي - ٣٨٥ - ١ - كتب خانه جميلي - باكستان - ١٤٠٤ - الأولى - د. عبدالرحيم محمد أحمد القشقري.

٩٥ - سؤالات الحافظ السلفي - أحمد بن محمد بن أحمد السلفي - ٥٧٦ - ١ - دار الفكر - دمشق - ١٤٠٣ - الأولى - مطاع الطرابيشي.

٩٦ - سؤالات الحاكم النيسابوري للدارقطني - علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي - ٣٨٥ - ١ - مكتبة المعارف - الرياض - ١٤٠٤ - ١٩٨٤ - الأولى - د. موفق بن عبدالله بن عبدالقادر.

٩٧ - سؤالات أبي داود للإمام أحمد بن حنبل في جرح الرواة وتعديلهم - أحمد بن حنبل - ٢٤١ - ١ - مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة - ١٤١٤ - الأولى - د. زياد محمد منصور.

٩٨ - سؤالات أبي عبيد الآجري أبا داود السجستاني - سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني - ٢٧٥ - ١ - الجامعة الإسلامية - المدينة المنورة - ١٣٩٩ - ١٩٧٩ - الأولى - محمد علي قاسم العمري.

٩٩ - سؤالات حمزة بن يوسف السهمي - علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني - ٣٨٥ - ١ - مكتبة المعارف - الرياض - ١٤٠٤ - ١٩٨٤ - الأولى - موفق بن عبدالله بن عبدالقادر.

١٠٠ - سؤالات محمد بن عثمان بن أبي شيبة لعلي بن المديني - علي بن عبد الله بن جعفر المديني أبو الحسن - ٢٣٤ - ١ - مكتبة المعارف - الرياض - ١٤٠٤ - الأولى - موفق عبد الله عبد القادر.

١٠١ - الذرية الطاهرة النبوية - الإمام الحافظ أبو بشر محمد بن أحمد بن حماد الدولابي - ٣١٠ - ١ - الدار السلفية - الكويت - ١٤٠٧ - الأولى - سعد المبارك الحسن.

١٠٢ - الرد على سير الأوزاعي - يعقوب بن إبراهيم الأنصاري أبو يوسف - ١٨٢ - ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - أبو الوفا الأفغاني.

١٠٣ - الرياض النضرة في مناقب العشرة - أحمد بن عبد الله بن محمد الطبري أبو جعفر - ٦٩٤ - ٢ - دار الغرب الإسلامي - بيروت - ١٩٩٦ - الأولى - عيسى عبد الله محمد مانع الحميري.

١٠٤ - السيرة النبوية لابن هشام - عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري أبو محمد - ٢١٣ - ٦ - دار الجيل - بيروت - ١٤١١ - الأولى - طه عبد الرءوف سعد.

١٠٥ - المنتخب من كتاب أزواج النبي صلى الله عليه وسلم - الزبير بن بكار بن عبد الله بن مصعب الزبيري أبو عبد الله - ٢٥٦ - ١ - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤٠٣ - الأولى - سكينة الشهابي.

١٠٦ - الوفاة - أحمد بن شعيب بن علي النسائي أبو عبد الرحمن - ٣٠٣ - ١ - مكتبة التراث الإسلامي - القاهرة - محمد السعيد زغلول.

١٠٧ - أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه - محمد بن إسحاق بن العباس الفاكهي أبو عبد الله - ٢٧٥ - ٦ - دار خضر - بيروت - ١٤١٤ - الثانية - د. عبد الملك عبد الله دهيش.

١٠٨ - تاريخ الأمم والملوك - محمد بن جرير الطبري أبو جعفر - ٣١٠ - ٥ - دار

الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٧ - الأولى.

١٠٩ - تركة النبي صلى الله عليه وسلم والسبل التي وجهها فيها - حماد بن إسحاق بن إسماعيل بن زيد البغدادي أبو إسماعيل - ٢٦٧ - ١ - ١٤٠٤ - الأولى - د. أكرم ضياء العمري.

١١٠ - دلائل النبوة - جعفر بن محمد بن الحسن الفريابي أبو بكر - ٣٠١ - ١ - دار حراء - مكة المكرمة - ١٤٠٦ - الأولى - عامر حسن صبري.

١١١ - فضائل الصحابة - أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني - ٢٤١ - ٢ - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤٠٣ - ١٩٨٣ - الأولى - د. وصي الله محمد عباس.

١١٢ - فضائل بيت المقدس - محمد بن عبد الواحد بن أحمد المقدسي - ٦٤٣ - ١ - دار الفكر - سورية - ١٤٠٥ - الأولى - محمد مطيع الحافظ.

١١٣ - كتاب دلائل النبوة - إسماعيل بن محمد بن الفضل التيمي الأصبهاني - ٥٣٥ - ١ - دار طيبة - الرياض - ١٤٠٩ - الأولى - محمد محمد الحداد.

١١٤ - التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري - ٤٦٣ - ٢٢ - وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب - ١٣٨٧ - مصطفى بن أحمد العلوي ،محمد عبد الكبير البكري.

١١٥ - الديباج على صحيح مسلم - عبدالرحمن بن أبي بكر أبو الفضل السيوطي - ٩١١ - ٥ - دار ابن عفان - الخبر-السعودية - ١٤١٦ - ١٩٩٦ - أبو إسحاق الحويني الأثري.

١١٦ - تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي - محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلا - ١٣٥٣ - ١٠ - دار الكتب العلمية - بيروت.

١١٧ - تنوير الحوالك شرح موطأ مالك - عبدالرحمن بن أبي بكر أبو الفضل السيوطي - ٩١١ - ٢ - المكتبة التجارية الكبرى - مصر - ١٣٨٩ - ١٩٦٩.

١١٨ - حاشية السندي على النسائي - نور الدين بن عبدالهادي أبو الحسن السندي - ١١٣٨ - ٨ - مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ١٤٠٦ - ١٩٨٦ - الثانية - عبدالفتاح أبو غدة.

١١٩ - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك - محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني - ١١٢٢ - ٤ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ - الأولى.

١٢٠ - شرح السيوطي على سنن النسائي - عبدالرحمن بن أبي بكر أبو عبدالرحمن السيوطي - ٩١١ - ٨ - مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ١٤٠٦ - ١٩٨٦ - الثانية -

عبدالفتاح أبو غدة.

١٢١ - شرح سنن ابن ماجه - السيوطي + عبدالغني + فخر الحسن الدهلوي - ٩١١ - ١ - قديمي كتب خانة - كراتشي -.

١٢٢ - صحيح مسلم بشرح النووي - أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي - ٦٧٦ - ١٨ - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٣٩٢ - الطبعة الثانية.

١٢٣ - عون المعبود شرح سنن أبي داود - محمد شمس الحق العظيم آبادي أبو الطيب - ١٠ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٥ - الثانية.

١٢٤ - فتح الباري شرح صحيح البخاري - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي - ٨٥٢ - ١٣ - دار المعرفة - بيروت - ١٣٧٩ - محمد فؤاد عبدالباقي، محب الدين الخطيب.

١٢٥ - فيض القدير شرح الجامع الصغير - عبد الرؤوف المناوي - ٦ - المكتبة التجارية الكبرى - مصر - ١٣٥٦ - الأولى.

١٢٦ -!من كلام أحمد بن حنبل في علل الحديث ومعرفة الرجال - أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني أبو عبد الله - ١ - مكتبة المعارف - الرياض - ١٤٠٩ - الأولى - صبحي البدري السامرائي.

١٢٧ - اختلاف الحديث - محمد بن إدريس أبو عبدالله الشافعي - ٢٠٤ - ١ - مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت - ١٤٠٥ - ١٩٨٥ - الأولى - عامر أحمد حيدر.

١٢٨ - الأوهام التي في مدخل أبي عبد الله الحاكم النيسابوري - عبد الغني بن سعيد بن علي الأزدي - ٤٠٩ - ١ - مكتبة المنار - الزرقاء - الأردن - ١٤٠٧ - الأولى - مشهور حسن محمود سلمان.

١٢٩ - التمييز - مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري أبو الحسين - ٢٦١ - ١ - مكتبة الكوثر - المربع - السعودية - ١٤١٠ - الثالثة - د. محمد مصطفى الأعظمي.

١٣٠ - العلل - علي بن عبد الله بن جعفر السعدي المديني - ٢٣٤ - ١ - المكتب الإسلامي - بيروت - ١٩٨٠ - الثانية - محمد مصطفى الأعظمي.

١٣١ - العلل المتناهية في الأحاديث الواهية - عبد الرحمن بن علي بن الجوزي - ٥٩٧ - ٢ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٣ - الأولى - خليل الميس.

١٣٢ - العلل الواردة في الأحاديث النبوية - علي بن عمر بن أحمد بن مهدي أبو الحسن الدارقطني البغدادي - ٣٨٥ - ٩ - دار طيبة - الرياض - ١٤٠٥ - ١٩٨٥ - الأولى - د. محفوظ الرحمن زين الله السلفي.

١٣٣ - العلل ومعرفة الرجال - أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني - ٢٤١ - ٤ - المكتب الإسلامي ، دار الخاني - بيروت ، الرياض - ١٤٠٨ - ١٩٨٨ - الأولى - وصي الله بن محمد عباس.

١٣٤ - المراسيل - عبد الرحمن بن محمد بن إدريس الرازي - ٣٢٧ - ١ - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٣٩٧ - الأولى - شكر الله نعمة الله قوجاني.

١٣٥ - المصنوع في معرفة الحديث الموضوع - علي بن سلطان محمد الهروي القاري - ١٠١٤ - ١ - مكتبة الرشد - الرياض - ١٤٠٤ - الرابعة - عبد الفتاح أبو غدة.

١٣٦ - المنار المنيف في الصحيح والضعيف - محمد بن أبي بكر الحنبلي الدمشقي أبو عبد الله - ٧٥١ - ١ - مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ١٤٠٣ - الثانية - عبد الفتاح أبو غدة.

١٣٧ - علل الأحاديث في كتاب الصحيح لمسلم بن الحجاج - أبو الفضل محمد بن أبي الحسين بن أحمد بن محمد بن عمار بن محمد بن حازم بن المعلى بن الجارود الجارودي - ٣١٧ - ١ - دار الهجرة - الرياض - ١٩٩١ - الأولى - علي بن حسن بن علي بن عبدالحميد الحلبي الأثري.

١٣٨ - علل الترمذي الكبير - أبو طالب القاضي - ١ - عالم الكتب ،مكتبة النهضة العربية - بيروت - ١٤٠٩ - الأولى - صبحي السامرائي ، أبو المعاطي النوري ، محمود محمد الصعيدي.

١٣٩ - علل الحديث - عبد الرحمن بن محمد بن بن إدريس بن مهران الرازي أبو محمد - ٣٢٧ - ٢ - دار المعرفة - بيروت - ١٤٠٥ - محب الدين الخطيب.

١٤٠ - كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس - إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي - ١١٦٢ - ٢ - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤٠٥ - الرابعة - أحمد القلاش.

١٤١ - نقد المنقول والمحك المميز بين المردود والمقبول - محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله - ٧٥١ - ١ - دار القادري - بيروت - ١٤١١ - ١٩٩٠ - الأولى - حسن السماعي سويدان.

١٤٢ - الألفاظ المختلفة في المعاني المؤتلفة - محمد بن عبد الملك بن مالك الطائي الجياني أبو عبد الله - ٦٧٢ - ١ - دار الجيل - بيروت - ١٤١١ - الأولى - د. محمد حسن عواد.

١٤٣ - التعريفات - علي بن محمد بن علي الجرجاني - ٨١٦ - ١ - دار الكتاب

العربي - بيروت - ١٤٠٥ - الأولى - إبراهيم الأبياري.

١٤٤ - التوقيف على مهمات التعاريف - محمد عبد الرؤوف المناوي - ١٠٣١ - ١ - دار الفكر المعاصر ، دار الفكر - بيروت ، دمشق - ١٤١٠ - الأولى - د. محمد رضوان الداية.

١٤٥ - الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة - زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى - ٩٢٦ - ١ - دار الفكر المعاصر - بيروت - ١٤١١ - الأولى - د. مازن المبارك.

١٤٦ - معجم البلدان - ياقوت بن عبد الله الحموي أبو عبد الله - ٦٢٦ - ٥ - دار الفكر - بيروت.

١٤٧ - معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع - عبد الله بن عبد العزيز البكري الأندلسي أبو عبيد - ٤٨٧ - ٤ - عالم الكتب - بيروت - ١٤٠٣ - الثالثة - مصطفى السقا.

١٤٨ - الاكتفاء بما تضمنه من مغازي رسول الله والثلاثة الخلفاء - أبو الربيع سليمان بن موسى الكلاعي الأندلسي - ٦٣٤ - عالم الكتب - بيروت - ١٩٩٧ - الأولى - د.محمد كمال الدين عز الدين علي.

١٤٩ - الدرر في اختصار المغازي والسير - يوسف بن عبد البر النمري - ٤٦٣ - ٠ - دار المعارف - القاهرة - ١٤٠٣هـ - الثانية - شوقي ضيف.

١٥٠ - السيرة الحلبية في سيرة الأمين المأمون - علي بن برهان الدين الحلبي - ١٠٤٤ - ٣ - دار المعرفة - بيروت - ١٤٠٠.

١٥١ - الفصول في اختصار سيرة الرسول صلى الله عليه وسلم - أبو الفداء إسماعيل بن كثير - ٧٧٤ - ١ - مؤسسة علوم القرآن ، دار القلم - بيروت - ١٣٩٩ - الأولى - محمد العيد الخطراوي ، محيي الدين مستو.

١٥٢ - المقتفى من سيرة المصطفى - الحسن بن عمر بن حبيب - ٧٧٩ - ١ - دار الحديث - القاهرة - ١٩٩٦ - الأولى - د.مصطفى محمد حسين الذهبي.

١٥٣ - زاد المعاد في هدي خير العباد - محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله - ٧٥١ - ٥ - مؤسسة الرسالة - مكتبة المنار الإسلامية - بيروت - الكويت - ١٤٠٧ - ١٩٨٦ - الرابعة عشر - شعيب الأرناؤوط - عبد القادر الأرناؤوط.

١٥٤ - سيرة إبن إسحاق المسماة بكتاب المبتدأ والمبعث والمغازي - محمد بن إسحاق بن يسار - ١٥١ - ١ - معهد الدراسات والأبحاث للتعريب - محمد حميدالله.

١٥٥ - غاية السؤل في سيرة الرسول - عبدالباسط بن خليل بن شاهين - ١ - عالم الكتب - بيروت - ١٩٨٨ - الأولى - د.محمد كمال الدين عزالدين علي.

١٥٦ - مختصر زاد المعاد لابن قيم الجوزية - محمد بن عبد الوهاب - ١٢٠٦ - ١ - المكتب الإسلامي - بيروت - ١٣٩١ - الأولى.
١٥٧ - الإكمال في رفع الارتياب عن المؤتلف والمختلف في الأسماء والكنى - علي بن هبة الله بن أبي نصر بن ماكولا - ٤٧٥ - ٥ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ - الأولى.
١٥٨ - المؤتلف والمختلف(الأنساب المتفقة في الخط المتماثلة في النقط) - محمد بن طاهر بن علي بن القيسراني - ٥٠٧ - ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ - الأولى - كمال يوسف الحوت.
١٥٩ - المتوارين الذين اختفوا خوفا من الحجاج بن يوسف الثقفي - عبد الغني بن سعيد الأزدي أبو محمد - ٤٠٩ - ١ - دار القلم ، الدار الشامية - دمشق ،بيروت - ١٤١٠ - الأولى - مشهور حسن محمود سلمان.
١٦٠ - المعجم المختص بالمحدثين - محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبد الله - ٧٤٨ - ١ - مكتبة الصديق - الطائف - ١٤٠٨ - الأولى - د. محمد الحبيب الهيلة.
١٦١ - المعجم في مشتبه أسامي المحدثين - عبيد الله بن عبد الله بن أحمد الهروي أبو الفضل - ٤٠٥ - ١ - مكتبة الرشد - الرياض - ١٤١١ - الأولى - نظر محمد الفاريابي.
١٦٢ - أخبار المصحفين - الحسن بن عبد الله العسكري أبو أحمد - ٣٨٢ - ١ - عالم الكتب - بيروت - ١٤٠٦ - الأولى - صبحي البدري السامرائي.
١٦٣ - أخبار النحويين - عبد الواحد بن عمر بن محمد بن أبي هاشم - ٣٤٩ - ١ - دار الصحابة للتراث - طنطا - ١٤١٠ - الأولى - مجدي فتحي السيد.
١٦٤ - تسمية من روي عنه من أولاد العشرة - علي بن عبدالله بن جعفر أبو الحسن السعدي مولاهم - ٢٣٤ - ١ - دار القلم - الكويت - ١٤٠٢ - ١٩٨٢ - الأولى - د. علي محمد جماز.
١٦٥ - تكملة إكمال الإكمال.
١٦٦ - تهذيب الأسماء واللغات - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام - دار الفكر - بيروت - ١٩٩٦ - الأولى.
١٦٧ - تهذيب مستمر الأوهام على ذوي المعرفة وأولي الأفهام - علي بن هبة الله بن جعفر بن علي بن ماكولا أبو نصر - ٤٧٥ - ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٠ - الأولى - سيد كسروي حسن.

١٦٨ - ذكر من اختلف العلماء ونقاد الحديث فيه - عمر بن أحمد بن عثمان بن أحمد بن محمد بن أيوب بن أزداذ - ٣٨٥ - ١ - أضواء السلف - الرياض - ١٩٩٩ - الأولى - حماد بن محمد الأنصاري.

١٦٩ - ذكر من اسمه شعبة - أحمد بن عبدالله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران أبو نعيم الأصبهاني - ٤٣٠ - ١ - مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة المنورة - ١٩٩٧ - الأولى - طارق محمد سلكوع العمودي.

١٧٠ - غوامض الأسماء المبهمة الواقعة في متون الأحاديث المسندة - خلف بن عبد الملك بن بشكوال أبو القاسم - ٥٧٨ - ١٣ - عالم الكتب - بيروت - ١٤٠٧ - الأولى - د. عز الدين علي السيد ، محمد كمال الدين عز الدين.

١٧١ - كتاب بحر الدم فيمن تكلم فيه الإمام أحمد بمدح أو ذم - أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبدالله بن حيان بن عبدالله بن أنس - ٢٤١ - ١ - دار الراية - الرياض - ١٩٨٩ - الأولى - د.أبو أسامة وصي الله بن محمد بن عباس.

١٧٢ - معرفة أسامي أرداف النبي صلى الله عليه وسلم - يحيى بن عبد الوهاب ابن منده أبو زكريا - ٥١١ - ١ - المدينة للتوزيع - بيروت - ١٤١٠ - الأولى - يحيى مختارغزاوي.

١٧٣ - من وافق اسمه اسم أبيه - محمد بن الحسين الأزدي أبو الفتح - ٣٧٤ - ١ - دار عمار - عمان - الأردن - ١٤١٠ - الأولى - علي حسن علي عبد الحميد.

١٧٤ - نزهة الألباب في الألقاب - أحمد بن علي بن محمد العسقلاني - ٨٥٢ - مكتبة الرشيد - الرياض - ١٩٨٩ - الأولى - عبد العزيز بن محمد بن صالح السديدي.

١٧٥ - التدوين في أخبار قزوين - عبدالكريم بن محمد الرافعي القزويني - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٨٧ - عزيزالله العطاردي.

١٧٦ - الروضة الريا فيمن دفن بداريا - عبدالرحمن بن محمد عمادالدين بن محمد العمادي - ١٠٥١ - ١ - دار المأمون للتراث - دمشق - ١٩٨٨ - الأولى - عبده علي الكوشك.

١٧٧ - تاريخ بغداد - أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي - ٤٦٣ - ١٤ - دار الكتب العلمية - بيروت -.

١٧٨ - تاريخ جرجان - حمزة بن يوسف أبو القاسم الجرجاني - ٣٤٥ - ١ - عالم الكتب - بيروت - ١٤٠١ - ١٩٨١ - الثالثة - د. محمد عبد المعيد خان.

١٧٩ - تاريخ واسط - أسلم بن سهل الرزاز الواسطي - ٢٩٢ - ١ - عالم الكتب - بيروت - ١٤٠٦ - الأولى - كوركيس عواد.

١٨٠ - طبقات المحدثين بأصبهان والواردين عليها - عبدالله بن محمد بن جعفر بن حيان أبو محمد الأنصاري - ٣٦٩ - ٤ - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤١٢ - ١٩٩٢ - الثانية - عبدالغفور عبدالحق حسين البلوشي.

١٨١ - وفيات قوم من المصريين ونفر سواهم من سنة ٣٧٥ - إبراهيم بن سعيد بن عبد الله الحبال أبو إسحاق - ٤٨٢ - ١ - دار العاصمة - الرياض - ١٤٠٨ - الأولى - محمود بن محمد الحداد.

١٨٢ - الثقات - محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي - ٣٥٤ - ٩ - دار الفكر - ١٣٩٥ - ١٩٧٥ - الأولى - السيد شرف الدين أحمد.

١٨٣ - الرواة الثقات المتكلم فيهم بما لا يوجب ردهم - أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز بن عبد الله - ٧٤٨ - ١ - دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٩٩٢ - الأولى - محمد إبراهيم الموصلي.

١٨٤ - المعين في طبقات المحدثين - محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبد الله - ٧٤٨ - ١ - دار الفرقان - عمان - الأردن - ١٤٠٤ - الأولى - د. همام عبد الرحيم سعيد.

١٨٥ - تاريخ أسماء الثقات - عمر بن أحمد أبو حفص الواعظ - ٣٨٥ - ١ - الدار السلفية - الكويت - ١٤٠٤ - ١٩٨٤ - الأولى - صبحي السامرائي.

١٨٦ - تسمية فقهاء الأمصار من أصحاب رسول الله ومن بعدهم - أحمد بن شعيب أبو عبدالرحمن النسائي - ٣٠٣ - ١ - دار الوعي - حلب - ١٣٦٩ - الأولى - محمود إبراهيم زايد.

١٨٧ - ذكر أسماء من تكلم فيه وهو موثق - محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبد الله - ٧٤٨ - ١ - مكتبة المنار - الزرقاء - ١٤٠٦ - الأولى - محمد شكور أمرير المياديني.

١٨٨ - ذكرأسماء التابعين ومن بعدهم ممن صحت روايته عن الثقات عند البخاري ومسلم - أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني - ٣٨٥ - ٢ - مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت - ١٩٨٥ - الأولى - بوران الضناوي وكمال يوسف الحوت.

١٨٩ - ذيل تذكرة الحفاظ - أبو المحاسن محمد بن علي بن الحسن بن حمزة الحسيني الدمشقي - ٧٦٥ - دار الكتب العلمية - بيروت - حسام الدين القدسي.

١٩٠ - سير أعلام النبلاء - محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبد الله - ٧٤٨ - ٢٣ - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤١٣ - التاسعة - شعيب الأرناؤوط ، محمد نعيم

العرقسوسي.

١٩١ - طبقات الحفاظ - عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي أبو الفضل - ٩١١ - ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٣ - الأولى.

١٩٢ - مشاهير علماء الأمصار - محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي - ٣٥٤ - ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٥٩ - م. فلايشهمر.

١٩٣ - معرفة الثقات - أحمد بن عبد الله بن صالح أبو الحسن العجلي الكوفي - ٢٦١ - ٢ - مكتبة الدار - المدينة المنورة - ١٤٠٥ - ١٩٨٥ - الأولى - عبد العليم عبد العظيم البستوي.

١٩٤ - الاغتباط لمعرفة من رمي بالاختلاط - إبراهيم بن محمد بن خليل الطرابلسي - ٨٤١ - ١ - الوكالة العربية - الزرقاء - علي حسن علي عبد الحميد.

١٩٥ - التبيين لأسماء المدلسين - إبراهيم بن محمد بن سبط ابن العجمي أبو الوفا الحلبي الطرابلسي - ٨٤١ - ١ - مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - ١٤١٤ - ١٩٩٤ - الأولى - محمد إبراهيم داود الموصلي.

١٩٦ - التراجم الساقطة من الكامل في معرفة ضعفاء المحدثين وعلل الحديث - عبدالله بن عدى بن عبدالله بن محمد بن المبارك أبو أحمد الجرجاني - ٣٦٥ - ١ - مكتبة ابن تيمية - القاهرة - ١٩٩٣ - الأولى - أبو الفضل عبد المحسن الحسيني.

١٩٧ - الضعفاء - أحمد بن عبد الله بن أحمد أبو نعيم الأصبهاني الصوفي - ٤٣٠ - ١ - دار الثقافة - الدار البيضاء - ١٤٠٥ - ١٩٨٤ - الأولى - فاروق حمادة.

١٩٨ - الضعفاء الصغير - محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي - ٢٥٦ - ١ - دار الوعي - حلب - ١٣٩٦ - الأولى - محمود إبراهيم زايد.

١٩٩ - الضعفاء الكبير - أبو جعفر محمد بن عمر بن موسى العقيلي - ٣٢٢ - ٤ - دار المكتبة العلمية - بيروت - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م - الأولى - عبد المعطي أمين قلعجي.

٢٠٠ - الضعفاء والمتروكين - عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج - ٥٧٩ - ٢ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٦ - الأولى - عبد الله القاضي.

٢٠١ - الكامل في ضعفاء الرجال - عبدالله بن عدي بن عبدالله بن محمد أبو أحمد الجرجاني - ٣٦٥ - ٧ - دار الفكر - بيروت - ١٤٠٩ - ١٩٨٨ - الثالثة - يحيى مختار غزاوي.

٢٠٢ - الكشف الحثيث عمن رمي بوضع الحديث - إبراهيم بن محمد بن سبط ابن العجمي أبو الوفا الحلبي الطرابلسي - ٨٤١ - ١ - عالم الكتب ، مكتبة النهضة العربية -

بيروت - ١٤٠٧ - ١٩٨٧ - الأولى - صبحي السامرائي.

٢٠٣ - الكواكب النيرات - محمد بن أحمد بن يوسف أبو البركات الذهبي الشافعي - ٩٢٩ - ١ - دار العلم - الكويت - حمدي عبد المجيد السلفي.

٢٠٤ - المجروحين - أبو حاتم محمد بن حبان البستي - ٣٥٤ - ٣ - دار الوعي - حلب - محمود إبراهيم زايد.

٢٠٥ - المغني في الضعفاء - شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي - ٧٤٨ - نور الدين عتر.

٢٠٦ - المنفردات والوحدان - مسلم بن الحجاج بن مسلم أبو الحسين النيسابوري - ٢٦١ - ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٨ - ١٩٨٨ - الأولى - د. عبدالغفار سليمان البنداري.

٢٠٧ - تحفة التحصيل في ذكر رواة المراسيل - أحمد بن عبدالرحيم بن الحسين بن عبدالرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم الكردي - ٨٢٦ - ١ - مكتبة الرشيد - الرياض - ١٩٩٩ - الأولى - عبدالله نوارة.

٢٠٨- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل، ابن رشد الجد، ١٨، دار الغرب الإسلامي.

٢٠٩- بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد : محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٩٥ هـ) ، مكتبة المعارف ، الرباط ، ١٤١٩ هـ .

٢١٠- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات لأبي زيد القيرواني، ١٤، الغرب.

فهرس المحتويات

AL-TAWḌĪḤ
ŠARḤ MUḪTAṢAR IBN AL-ḤĀJIB

by

Al-šayḫ Ḫalīl ben Isḥāq al-Māliqi

Edited by

Muḥammad ᶜUṯmān

Volume VII



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban